MANUALE

DELLA

PROCEDURA CIVILE

MANUALE

DELLA

PROCEDURA CIVILE

DI

LODOVICO MORTARA
Professore ordinario dell'Università di Napoli
e Professore onorario dell'Università di Pisa.

Terza edizione interamente riveduta
con riguardo alla Legislazione e alla Giurisprudenza.

VOLUME SECONDO

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
MILANO — ROMA — NAPOLI
1902

LIBRO SECONDO

(Continuazione)

TITOLO XI.

MEZZI PER IMPUGNARE LE SENTENZE

CAPO I.

Regole generali.

SEZIONE I. — *Nozioni preliminari. — Autorità ed esecutorietà della sentenza.*

526. La sentenza del giudice di prima istanza, pronunziata dopo che le parti finirono di svolgere con ogni ampiezza le loro ragioni ed eccezioni, da un magistrato o da un collegio di cui è necessità logica, giuridica e politica, presumere la rettitudine e la intellettuale idoneità a decidere secondo giustizia, dev'essere considerata l'espressione della verità. Posto siffatto principio, le ragioni che inducono ad ammettere questa o quella specie di rimedi contro tale sentenza, non sono per certo tanto evidenti da non abbisognare di analisi o dimostrazione. Il soddisfare a tale còmpito è riservato allo studio organico delle istituzioni giudiziarie, segnatamente per quel che concerne i due istituti dell'appello e della cassazione che insieme colla prima istanza rappresentano la serie ordinaria dei gradi di giudizio. Egli è perciò che intorno ai due rimedi accennati eliminiamo dal presente studio ogni disquisizione di carattere teorico, critico o storico. Le ragioni particolari degli altri rimedi (opposizione del contumace, rivocazione, opposizione del terzo) come quelle che sono di pura indole processuale, trovano invece qui, nelle rispettive sedi, opportunità di essere sviluppate.

Ammettendo dunque che siano dati mezzi di reclamo contro le sentenze proferite in un primo esame della causa, ed accettando insieme la determinazione dei mezzi all'uopo consacrati nel codice patrio, cominciamo dallo esaminare le regole generali che li riguardano.

Ma prima è opportuna un'avvertenza. I rimedi, concessi contro le sentenze, con garanzia di solenni procedimenti giudiziari, sembrarono esuberanti nei casi in cui non si domandi la riparazione di un errore di raziocinio addebitato al giudice od una più ampia disamina ed istruttoria sul tema della controversia. Può accadere infatti che nella redazione di un giudicato si incontri taluna omissione o talun errore materiale di quelli non colpiti dalle sanzioni di nullità dettate nell'articolo 361 (v. num. 441); ovvero che non vi sia riprodotta qualcuna delle *conclusioni* delle parti, sebbene risulti dalla sentenza essere stato sulla medesima provveduto; od infine che apparisca nella motivazione o nel dispositivo un errore di calcolo, dimostrato dal tenore complessivo della sentenza e manifestamente accidentale ed involontario.

Qui non v'è seria ragione di controversia; il giudice che è caduto nell'errore o nell'omissione sarà volenteroso nel riconoscerli, poichè effettivamente egli non ebbe l'intenzione di commetterli. Secondo la legislazione sarda non si sarebbe potuto in questi casi provvedere altrimenti che col mezzo della rivocazione. Piacque al nostro legislatore di offrire un procedimento più breve, per la *correzione della sentenza;* e lo tracciò nell'art. 473. Se le parti sono d'accordo presentano *ricorso* all'autorità giudiziaria, la quale delibera mediante *decreto* (emanato in camera di consiglio se il giudizio è collegiale). Nelle cause in cui è permessa la citazione per biglietto (davanti cioè al conciliatore) possono anche comparire volontariamente e si fa allora processo verbale. Il decreto, a deroga di quanto dispone il primo alinea dell'articolo 50, è conservato in originale presso il cancelliere. Se le parti non sono concordi, si provvede con citazione a udienza fissa nelle cause commerciali ed in quelle avanti i pretori ed i conciliatori; ed invece con comparsa seguìta da citazione incidentale in quelle davanti i tribunali civili e le

corti d'appello; nelle quali poi, se il presidente non possa comporre il dissidio, si prosegue colla remissione al collegio a udienza fissa.

Le correzioni ordinate vengono eseguite in margine od in fine della sentenza emendata, a cura del cancelliere, con indicazione del decreto o della sentenza che vi ha provveduto.

Interessa avere chiaro il concetto che la *correzione delle sentenze* non è nel nostro diritto positivo un mezzo d'impugnazione delle medesime. Tale è invece nel sistema del codice di procedura germanico (più recentemente adottato anche dal legislatore austriaco, nel regolamento di procedura del 1895, §§ 420 a 424), il quale con le disposizioni dei §§ 291, 292 allargò di molto il campo in cui può operare il rimedio della *rettificazione* (*Berichtigung*), che avrebbe potuto sembrare affatto analogo alla nostra *correzione* secondo la nozione datane nel § 290 (con la sola differenza che questo testo permette anche la rettificazione d'uffizio). È vero che l'art. 473 concernente la correzione è l'ultima disposizione generale del titolo che tratta « *dei mezzi per impugnare le sentenze* ». Ma è altresì vero che la prima disposizione, quella dell'art. 465, dichiara *nominativamente* quali sono tali mezzi (v. numero seguente) e non comprende la correzione. Ed ancora più è degno di nota che l'art. 473 si apre con la formola: « Non è necessario alcuno dei mezzi indicati nel« l'art. 465 per far emendare, ecc. ». Nè si tratta di una semplice induzione esegetica. La parola della legge corrisponde a un concetto perfettamente razionale. La *correzione* della sentenza ha lo scopo di presentarci la decisione del magistrato in quella forma ed espressione che corrisponde alla di lui volontà. È dunque logico escludere che *si impugni* la sentenza, quando tale scopo soltanto si cerca di raggiungere.

527. Dei mezzi per impugnare in vero e proprio senso le sentenze, troviamo una classificazione nell'art. 465: essi sono *ordinari* o *straordinari*. Alla prima categoria il legislatore ascrive l'opposizione e l'appellazione; alla seconda la rivocazione, l'opposizione del terzo, il ricorso per cassazione.

Fu a vicenda criticato e difeso il concetto di codesta distinzione. Un cenno sommarissimo sopra la natura dei singoli rimedi è indispensabile per farne sicuro giudizio.

L'opposizione del contumace già sappiamo consistere nella facoltà data al contumace, che non fu citato in persona propria od a cui la citazione non fu rinnovata, di provocare dopo la sentenza contumaciale il nuovo esame della causa innanzi la medesima autorità giudiziaria. Il precedente giudizio si considera come non avvenuto e tanto le questioni di fatto come quelle di diritto sono rimesse in discussione. Il magistrato, senza subire alcun vincolo in forza dell'anteriore pronunzia, sentenzia sopra la nuova istruttoria come di ragione e diritto.

L'appellazione, nel moderno sistema adottato dal nostro legislatore, si fonda sul concetto della opportunità che le parti, dopo sperimentato l'esito della prima istruttoria, possano colmarne in un nuovo contraddittorio quelle lacune che la sentenza le avesse ammonite esistervi. Quindi il suo fondamentale carattere è di *continuare* in appello il giudizio di prima istanza, versandovi il contributo di ogni nuova prova e nuova eccezione che meglio valga a suffragio delle rispettive istanze e difese. Non è tuttavia da escludere che essa serva inoltre ad ottenere dal giudice superiore la riparazione degli errori di ogni sorta commessi dal giudice inferiore. Tanto per l'uno che per l'altro aspetto essa apre il campo a nuove investigazioni così sul tema di fatto, come sopra le ragioni di diritto che formarono oggetto della prima controversia.

Il ricorso per cassazione è ammesso contro qualsiasi sentenza proferita in grado d'appello. Ma il suo scopo è di porre in vista e far riparare solamente gli errori *di diritto* della sentenza denunziata. Ogni indagine intorno al fatto è esaurita in sede d'appello; e per questa parte della controversia il magistrato di cassazione accetta come dati certi ed immutabili quelli della sentenza su cui si discute.

La rivocazione è un mezzo speciale destinato a promuovere la rescissione di una sentenza inappellabile, o non più suscettiva di appellazione, ovvero pronunziata in giudizio di secondo grado, e ciò per virtù di certe nuove emergenze *di fatto*, l'importanza delle quali è talmente stimata da reputarsi che la loro verificazione non solo escluda la rettitudine del giudizio, ma tolga perfino di poter presumere che

il giudice, se non fosse caduto in errore, avrebbe *voluto decidere* così come ha deciso.

La opposizione del terzo è infine conceduta a chi non ha avuto parte nel giudizio, per difendersi più speditamente dalle turbative o dai pregiudizi materiali che l'esecuzione della sentenza potrebbe arrecargli, non che ai creditori per far rescindere le sentenze ottenute da terzi in collusione col debitore in frode dei loro diritti.

Colla scorta di queste prenozioni sembra agevole poter conchiudere che una differenza molto notevole vi ha tra l'appello e la cassazione da una parte e l'opposizione del contumace, l'opposizione del terzo e la rivocazione dall'altra. Imperocchè, mentre i due primi rimedi sono consentiti in tutte le cause e come ordinari mezzi per giungere in esse alla completa discoverta del vero ed alla esatta applicazione della legge, gli altri non si dànno che in virtù di circostanze eccezionali, la cui dimostrazione è un preliminare indispensabile per la istituzione del nuovo esame. Ciò stante, non biasimiamo l'idea di distinguere i mezzi di reclamo in ordinari e straordinari; ma crediamo inesatto il criterio di classificazione seguìto dalla legge; mentre dalla prima categoria doveva essere passata alla seconda l'opposizione del contumace e viceversa doveva a quella aggiungersi, togliendolo da questa, il ricorso per cassazione.

Non per questo è da credere che a caso, o per puro capriccio, il legislatore adottasse la partizione che vediamo nel codice. Esso considerò che negli stadi della opposizione di contumace e dell'appello si prosegue lo svolgimento della istruttoria, in continuazione del dibattito preceduto, e quasi senza interruzione, in quanto che la riapertura dei termini per l'istruzione deriva come conseguenza *de iure* dal fatto stesso della proposta di quei mezzi di reclamo. Invece negli altri casi, o non vi ha riapertura di istruttoria, come nel giudizio per cassazione, o vi ha solamente sotto determinate condizioni e con effetti limitati, come nei giudizi di rivocazione e di opposizione di terzo.

528. La riflessione esposta sul cominciare di questo capo è di una grandissima importanza, rispetto all'analisi di tutte le principali discipline processuali della materia che

ora trattiamo. Quantunque una sentenza sia dichiarata suscettiva di reclamo, essa ha un'autorità propria, emana da un legittimo rappresentante della sovranità nazionale, ha tutti i requisiti necessari per spiegare la forza della *res judicata* fino dal primo momento della sua pronunzia. Se così non fosse, mancherebbe ogni ragione filosofica e giuridica perchè potesse in seguito acquistare codesta autorità. Le leggi di procedura assegnano termini per l'esercizio dei mezzi di impugnazione, trascorsi i quali dicesi che la sentenza fa passaggio in cosa giudicata. A chi guardi la superficie delle cose può sembrare che il decorso del termine aggiunga alla sentenza un elemento di convalidazione, vogliamo dire il presunto consenso della parte soccombente. Ed è abbastanza frequente lo imbattersi nella indicazione e nello sviluppo di questa o di consimile idea negli scritti dei proceduristi. Ma codesto è un errore. Il decorso del tempo non produce che la cessazione di uno stato di *sospensione* dell'autorità *definitiva* della sentenza, stabilito dalla legge per un periodo di tempo dentro il quale essa permette di considerare la sentenza *come non pronunziata*, di cercare cioè d'ottenerne una nuova, e pel proprio interesse possibilmente migliore, da altro magistrato. Compiuto questo periodo di sospensione, sono gli effetti primitivi e connaturali della deliberazione giudiziaria che si spiegano in tutta la loro estensione; nè la volontà di colui che poteva reclamare e non ha reclamato vi aggiunge alcun elemento di autorevolezza. Invero se la forza della regiudicata si fondasse sul consenso *tacito* o *presunto* che l'inazione del soccombente lascia arguire, non sapremmo vedere con quale legittimità di titolo potessero derivarne effetti che alla esplicita convenzione di due cittadini non è lecito di ottenere, quasi che il consenso tacito fosse più efficace di quello espresso. Così nei casi in cui la sentenza decide questioni di stato, di capacità, di giurisdizione, ecc. Da altro canto, se per presumere in modo così assoluto da non ammettere alcuna prova in contrario, la rinunzia al proprio diritto quale conseguenza del non uso, il legislatore reputò necessario di assegnare ordinariamente alla prescrizione una durata di molti anni, non si comprenderebbe come senza mostruosa ingiustizia avesse potuto

ridurre a pochi giorni il periodo di silenzio necessario per rendere irrevocabile una sentenza; cui anzi le moderne leggi di procedura tendono con plauso universale a restringere sempre più in minimi termini. Infine non si saprebbe spiegare in alcuna maniera perchè colui a favore del quale si è compiuta la prescrizione possa rinunziarvi, mentre quegli a cui favore si è verificata la decorrenza del termine utile ad impugnare la sentenza, non può ai suoi effetti mai rinunziare, come fra breve vedremo.

Onde appare chiarissimo che fra l'istituto della *prescrizione* e quello del *termine per reclamare da una sentenza*, passa un divario che non è solamente di forme e di gradi, ma di natura e di sostanza. La prescrizione ha per suo esclusivo fondamento la *volontà* della parte che si reputa avere abdicato al diritto che non esercitò; la decadenza dalla potestà di impugnare una decisione si fonda sulla connaturale ed originaria *autorità* della decisione stessa, repugnante per sua essenza a qualunque impugnativa; autorità che per finzione di legge, invece di esplicarsi al momento stesso della pronunzia, si esplica alquanto più tardi. Ma appunto perchè si tratta di una finzione, di una violenza ai dettami più rigorosi della logica pura, è ampiamente giustificato che la dilazione sia breve e che la si misuri nei limiti della stretta necessità.

529. Qui si offre alle meditazioni dello studioso un problema interessante. Riconosciuta la originaria autorità di ciascuna deliberazione giudiziaria, anche se impugnabile, dovrà ammettersi che abbia, dal momento della pronunzia, *esecutorietà immediata,* ovvero che questa rimanga sospesa per tutto il termine in cui è permesso il reclamo e durante la sua trattazione quando venga proposto?

Si ponga mente ad una distinzione capitalissima. La esecutività di una sentenza non è da confondere colla sua irrevocabilità. Dal momento che la decisione è pronunziata, si deve presumerla vera e giusta, sino a quando una contraria deliberazione di legittima autorità venga a prenderne il posto e sostituirla. Non è infatti il malcontento del soccombente od il proposito da lui manifestato di muovere reclamo, che può scuotere questa presunzione. Laonde, fin

che essa perdura è in opposizione alla logica il negare alla sentenza gli effetti richiesti dal tenore della pronuncia che vi si contiene. Pur merita considerazione la possibilità di qualche inconveniente. Colui che avesse conseguito dall'avversario l'ammontare della condanna, si troverà egli sempre in grado di restituirlo, qualora il giudice superiore revochi la pronunzia? e codesto succedersi di esecuzioni e restituzioni non sarebbe già per se stesso uno spettacolo dannoso al prestigio ed al credito della giustizia civile?

Entrambe le esposte osservazioni racchiudono una parte di verità. Ma un'altra parte di verità che questa eguaglia ed equilibra sta nella terza osservazione seguente: Se colui a favore del quale è stata pronunziata la condanna dev'essere costretto ad attendere che siano esauriti tutti gli stadi di giudizio perchè il suo dritto, forte di reiterate e supreme consecrazioni, possa venire esercitato anche coattivamente, sarà egli sempre sicuro di trovare l'avversario, alla fine della controversia, in condizioni tali che permettano di conseguirne l'adempimento della obbligazione? o le dilazioni della lite e dei gradi successivi di trattazione non offriranno agio molto spesso ai contendenti di mala fede per predisporsi uno stato artificioso e fraudolento d'insolvibilità per manomettere e deteriorare la cosa dovuta, ecc.?

530. Due interessi sono pertanto in lotta fra loro, nè a conciliarli si adatta la inflessibilità di una regola assoluta. Conviene cercare un temperamento; ma perchè questo sia razionale fa mestieri che s'informi al rispetto del principio scientifico, vale a dire, che arrotondi le asprezze, e rimova gli inconvenienti dianzi accennati, che possono derivarne, ma ne faccia salva la sostanza.

Quale sia il dettato della teoria già lo abbiamo veduto: esso favorisce la immediata esecutività della sentenza. E fra l'interesse del debitore e quello del creditore fra loro in conflitto, sembra pure che in linea scientifica non vi sia da esitare; avvegnachè mentre il primo ha un potente appoggio nella *presunzione di giustizia* che la sentenza emanata gli conferisce, l'altro non può invocare che la *speranza* da cui *forse* è assistito, di veder distrutta tale presunzione mercè la pronunzia difforme del giudice superiore.

Onde, per rispettare e moderare simultaneamente il principio teorico, parrebbe che la legislazione dovesse adottare i seguenti criteri: 1° ammettere la esecutività immediata delle sentenze suscettive di impugnazione; — 2° concedere al magistrato la facoltà di vincolarne la esecuzione a *cauzione;* — 3° disporre, o lasciar similmente al giudice di disporre, che la esecutività possa essere *sospesa* sino ad esaurimento del termine, quando si tratti di casi in cui la esecuzione compiuta sarebbe *irreparabile.*

531. Se il ragionamento e le conclusioni che precedono sono abbastanza chiari e persuasivi, dovremo confessare che nel terreno del diritto positivo essi non trovano il desiderabile riscontro di quelle semplici e schiette applicazioni che pur non sarebbero difficili.

In diritto romano la questione che ci occupa non risulta abbastanza nettamente risoluta dai testi, i quali permettono tuttavia di ritenere che fosse accolta come regola la immediata esecutività della sentenza, attribuendosi effetto sospensivo all'interposizione dell'appello, meno che in casi determinati (L. un., Dig., 49, 7; L. 11, Dig. 49, 1; L. 1, Cod. 7, 69). È da notare che l'appello potevasi interporre immediatamente dopo proferita la sentenza (L. 5, § 4, Dig., 49, 1; L. 2, *eod. tit.*, ecc.); ma ciò non toglie le obbiezioni contro il concetto che l'appellazione abbia una virtù sospensiva; infatti, già lo dicemmo, se vi ha nella sentenza una presunzione di verità e di giustizia, il malcontento che ne manifesti la parte gravata non vale neppure a spargere su di essa la più piccola ombra (1). Nel medio evo, per riflesso delle speciali condizioni fatte dai vari ordinamenti politici e dalle gare di giurisdizione all'esercizio della funzione giudiziaria, il principio dell'effetto sospensivo dell'appello ebbe tale prevalenza da essersi talvolta reputato che l'introduzione dell'appello rescindesse senz'altro l'autorità della sentenza impugnata.

---

(1) Si deve notare tuttavia che nei sistemi giudiziari fondati sul principio di autorità il concetto poteva sembrare meno assurdo di quel che sarebbe nei moderni ordinamenti, in cui la pienezza di giurisdizione del magistrato inferiore è, dal punto di vista del diritto pubblico, assolutamente indiscutibile. D'altronde, nel diritto antico, l'appello non è diretto contro la parte avversaria, ma contro il magistrato, accusato di malizia o di ignoranza (L. 1, Dig., 49, 1).

Il diritto consuetudinario francese e l'ordinanza del 1667 ammisero in massima l'esecutività immediata delle sentenze e l'effetto sospensivo dell'appello, introducendo anche a questo una eccezione mercè la facoltà data al giudice di rendere la sua deliberazione *provvisoriamente esecutiva* non ostante l'appello. Il malo assetto degli ordini giudiziari lasciava però aperto il campo ad ogni sorta d'abusi; tal che non è possibile istituire indagini fruttuose sui risultati del sistema. I redattori del codice francese, occupandosi in particolar modo della questione nei riguardi dell'appello, ritennero di dover rispettare il principio logico della esecutività delle sentenze; ma ossequenti alla tradizione od al pregiudizio, vi posero accanto l'altro principio che l'appello *sospendesse* l'esecuzione salvi i casi di dichiarata esecuzione provvisoria (art. 457). Così anche il codice ginevrino (art. 314) e il sardo del 1854 (art. 576). Nel vecchio regolamento austriaco si adottò un più semplice partito, quello di tener sospesa l'esecuzione della sentenza dal momento della sua pronunzia e sino al compimento del termine per impugnarla od all'esito del reclamo, repudiandosi per la prima volta l'erroneo sistema di conferire all'appellazione l'effetto sospensivo. Fu riconosciuto nondimeno nella parte vittoriosa il diritto di ottenere dal giudice provvidenze interinali a propria garanzia, quali le cauzioni, i depositi e simili (§ 329). Il codice sardo del 1859 instaurò esso pure, nei rispetti dell'appello, la sospensione *ab initio* degli effetti d'una sentenza appellabile che non fosse dichiarata provvisoriamente esecutiva (articolo 543); e simile via seguì il codice germanico (§§ 644 e 645). Ma se il legislatore austriaco potè apparire logico, perchè nel sistema da esso stabilito la verità stabilita in giudizio era quella assodata dalla *doppia conforme*, pei due codici ora ricordati non servirebbe una simile giustificazione (1). Per essi sta invece il fatto che hanno invertiti i termini in cui la diffi-

(1) Nè a tutto rigore essa varrebbe pel nuovo regolamento austriaco, in quanto esso ha abbandonato il sistema della *doppia conforme* (§ 503). Malgrado ciò, anche per questo nuovo regolamento è sospesa la esecutività della sentenza durante il termine per appellare e il giudizio d'appello (§§ 466 e 490), salvo che pei capi di essa non impugnati con l'appello e suscettibili di separata esecuzione. Tuttavia devesi

coltà del problema doveva essere risoluta; ed in luogo di riconoscere come *regola* la immediata esecutorietà e come *eccezione* la sospensione, fecero di questa la regola, di quella l'eccezione. Affrettiamoci tuttavia a notare — ed è certo un motivo di più per la critica — che l'esecuzione provvisoria fu ammessa in così gran numero di casi (e ciò anche nel codice patrio) da aversi *praticamente* come regola, almeno dal punto di vista delle proporzioni numeriche, la esecutorietà immediata delle sentenze.

532. Del codice patrio dobbiamo esporre le discipline con maggior cura ed estensione. Troviamo in esso la materia regolata diversamente, secondo la qualità dei rimedi a cui una sentenza può essere soggetta.

Quanto ai rimedi *ordinari*, l'opposizione del contumace e l'appello, gli articoli 475 e 482 stabiliscono che l'esecuzione rimane sospesa durante i termini rispettivamente conceduti per sperimentare l'uno o l'altro e durante i giudizi d'opposizione o d'appello, salvo che le sentenze siano state dichiarate provvisoriamente esecutive. Quanto al rimedio *straordinario* della cassazione, l'articolo 520 dichiara che *il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo i casi eccettuati dalla legge.* I quali casi, ad eccezione di quelli tassativamente indicati negli articoli 309 e 750 del codice di procedura, quantunque da parecchi interpreti si vogliano moltiplicare in omaggio a sentimenti di equità più che alla parola della legge, non sapremmo davvero dove additare. Laonde in massima possiamo dire che per le sentenze suscettive di ricorso per cassazione non v'ha mai sospensione d'esecutività, nè vincolo di cauzione; il che costituisce uno dei difetti maggiori dell'attuale ordinamento di questo rimedio. Per la rivocazione e per la opposizione del terzo abbiamo invece due disposizioni d'altro genere. L'art. 503 statuisce che la domanda per rivocazione *non*

---

notare che la sentenza essendo intimata d'uffizio appena pubblicata (§ 414) e decorrendo quindi subito il brevissimo termine di quattordici giorni per l'appello (§ 464), gli inconvenienti teorici della sospensione di esecutività della sentenza sono in pratica ristretti a minime proporzioni. E questo risultato è già apprezzabilissimo di fronte alle varie difficoltà del molto arduo argomento.

impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata, la quale però può essere sospesa dall'autorità giudiziaria per motivi gravi. E l'art. 514 prescrive che l'opposizione del terzo *non impedisce* l'esecuzione della sentenza *contro la parte condannata* salvo il caso *possa derivarne pregiudizio ai diritti del terzo*, a meno che *per motivi gravi* l'autorità giudiziaria *ordini l'esecuzione nonostante la di lui opposizione.*

È manifesto come queste due ultime disposizioni consuonino sostanzialmente coi principii prestabiliti. Invero, trattandosi di rimedi *veramente straordinari* sarebbe stato impossibile tener sospesa l'esecutività della sentenza *prima che fossero proposti;* e neppure la loro proposizione può, per sè sola, infrangere la regola della esecutività; bensì, di fronte ad essa si offre la ricerca sulla opportunità di temperare il rigore della regola stessa; e tale ricerca deve essere eseguita dal magistrato mediante valutazione delle concrete emergenze del caso, con prudente criterio.

Ma non consuonano alla esattezza delle norme dottrinali le regole date nel riguardo della opposizione di contumace, dell'appello e della cassazione; quanto alle prime per essersi invertiti, come già rilevammo, i termini della risoluzione che conveniva accogliere; quanto alla terza, perchè fu ciecamente seguìta la via in cui pone la erronea qualifica di *rimedio straordinario* attribuita al ricorso per cassazione, pur dimenticando che si era riconosciuto ad ogni modo, negli articoli 503 e 514, che gli stessi rimedi straordinari esigono talvolta l'applicazione di temperamenti a quel principio, che, essendo giusto nella sua essenza, può degenerare in ingiustizia se viene spinto a conseguenze estreme.

Aggiungasi, e non è senza peso quest'ultima osservazione, che la regola di sospensione assoluta della esecutorietà delle sentenze suscettive di rimedi *ordinari* riceve uno strappo non lieve dalla parola stessa del legislatore che conferisce ad esse (articolo 1970 del codice civile) l'attitudine a produrre *ipoteca giudiziale*, la iscrizione della quale può considerarsi atto di esecuzione, almeno ad effetto conservativo.

SEZIONE II. — *Esecuzione provvisoria e cauzioni.*

533. È ora da studiare l'istituto della esecuzione provvisoria, al quale accennammo replicatamente.

Il codice di procedura francese (art. 135) divise in due categorie i casi di esecutorietà provvisoria delle sentenze civili di prima istanza. Rendendo omaggio ad un antico aforisma della pratica: *provision est due au titre*, impose l'*obbligo* ai giudici di dichiarare provvisoriamente esecutive, *senza vincolo di cauzione*, le sentenze che accolgono domande fondate su titolo autentico, scrittura riconosciuta o sentenza non appellata; poi indicò alcune categorie di sentenze per le quali è data *facoltà* ai magistrati di dichiararle provvisoriamente esecutive, *con o senza cauzione.* Nelle cause commerciali dispose (articolo 439) che l'esecuzione provvisoria *può sempre* essere accordata, ma nei casi della prima categoria suddetta *con dispensa da cauzione* e negli altri *dietro cauzione* o prova *di sufficiente solvibilità.* Inoltre in taluni casi isolati fu conferita alle sentenze la esecuzione provvisoria *ope legis*, vale a dire senza bisogno che il magistrato si pronunzi intorno ad essa.

Il codice patrio contiene pure alcune disposizioni di carattere singolare: quella dell'art. 251 riguardante gli esami testimoniali a futura memoria e quella dell'art. 459 relativa alle sentenze dei conciliatori. Secondo noi è per mero equivoco che altri aggiunge le sentenze che pronunziano la interdizione, male interpretando il senso dell'art. 328 del codice civile. Sono invece esecutorie ancora per autorità di legge le sentenze proferite in materia di fallimento, nei casi in cui è permesso impugnarle mediante opposizione od appello (articolo 913 codice di commercio). E vi è un'altra serie di casi nei quali è vietata l'esecuzione provvisoria della sentenza e se pronunziata non ha effetto. Già abbiamo esposto che, per l'art. 309, in correlazione all'art. 311, l'esecuzione della sentenza definitiva sulla quistione di falso civile deve rimanere sospesa finchè siano scaduti i termini dell'appello, della rivocazione o della cassazione; vedremo, nel seguente libro (n. 708), come per l'art. 561 l'esecuzione provvisoria non

operi rispetto al terzo quando la sentenza ordini qualche cosa da farsi da esso od a suo carico; inoltre l'articolo 90 del codice civile stabilisce che l'opposizione al matrimonio ne sospende la celebrazione sino a che sia rimossa con sentenza *passata in giudicato;* e l'art. 2036 del medesimo fa obbligo al conservatore delle ipoteche di eseguire la cancellazione d'una iscrizione, ordinata giudizialmente, solo quando la sentenza *sia passata in giudicato.*

534. All'infuori di queste disposizioni speciali, l'esecuzione provvisoria delle sentenze suscettive d'appello o di opposizione, può essere accordata dai giudici che la pronunziano, secondo che si tratti di materie civili o commerciali, giusta le regole stabilite negli articoli 363 e 409, le quali hanno comune la clausola, che, per poterla concedere, occorre *istanza di parte.* Vi ha un caso solo in cui da questa si può prescindere ed è contemplato nell'art. 777 relativo alle sentenze che pronunziano la nullità dell'arresto per debiti o la liberazione del debitore; esse possono essere dichiarate esecutive anche d'uffizio; ed è evidente l'umanitario pensiero che ha inspirata questa disposizione. In via generale vuolsi aggiungere che il nostro codice, uniformandosi al sardo del 1859 (art. 220), ha respinta la massima: *provision est due au titre,* lasciando facoltativo ai giudici di deliberare secondo la loro prudenza anche in questo caso. E ciò è giusto, poichè non sempre l'appoggio di un *titolo* alla domanda è pegno di *certezza del diritto,* la quale è la intima ragione da cui ebbe origine quell'aforisma.

535. Nelle cause *civili,* a norma dell'art. 363, applicabile non meno per le sentenze dei tribunali che per quelle dei pretori, l'esecuzione provvisoria *con o senza cauzione* può essere ordinata quando si tratti:

1° di domanda fondata su titolo autentico, o scrittura privata riconosciuta, o sentenza passata in giudicato;

2° di apposizione o remozione di sigilli, o di compilazione di inventario;

3° di riparazioni urgenti;

4° di sfratto da case od altri immobili tenuti in affittamento o colonìa, quando non vi sia titolo scritto, o il termine sia decorso;

5° di sequestratari, depositari e custodi;

6° di ammissione di fideiussori e loro garanti;

7° di nomina di tutori, curatori ed altri amministratori e di rendimento di conti;

8° di pensioni od assegnamenti provvisionali a titolo d'alimenti;

9° di pericolo nel ritardo.

Nelle cause *commerciali* è *sempre* in facoltà del magistrato di dichiarare la sentenza provvisoriamente esecutiva non ostante opposizione od appello, *con cauzione o senza* (art. 409).

Dall'esame di questi testi apparisce che le ragioni determinative della esecutorietà provvisoria sono tre: 1° la *presunzione del buon diritto del vincitore, preesistente all'inizio della controversia;* essa si riflette nella indicazione del n. 1 dell'art. 373; — 2° la *necessità di una pronta esecuzione*, che è il motivo da cui discendono tutte le altre disposizioni dello articolo citato; — 3° la *qualità della controversia*, che fa accordare alle cause commerciali un trattamento di preferenza.

536. Intorno a codesto ultimo titolo è giustamente fatta da parecchi scrittori una censura, in quanto sembra poco plausibile il trattare differentemente le cause civili e le commerciali; se la disposizione dell'articolo 409 è senza pericoli, giustizia vorrebbe di estenderla anche alle materie civili; se ne racchiude, non doveva essere dettata neppure per le commerciali.

Facendoci ad esaminare in breve l'art. 363, rileviamo anzitutto che la enumerazione di casi ivi contenuta ha carattere *limitato* e non *dimostrativo*, sicchè non si può per ragioni d'analogia aggiungervi alcun'altra ipotesi non espressamente considerata dalla legge.

Senza dubbio poi, le disposizioni più importanti dell'articolo sono quelle del n. 1 e del n. 9, intorno ai quali infatti la giurisprudenza ha più frequenti occasioni di pronunziarsi.

Il n. 1, sotto il nome di *titolo autentico*, allude a qualunque sorta di atti ricevuti da uffiziali pubblici autorizzati a riceverli (1); e non subisce in questa parte altra eccezione se

(1) In generale è ammesso che la *confessione* fatta in giudizio, nel processo verbale dell'interrogatorio, costituisca un titolo assimilato all'atto autentico.

non quella indicata nell'art. 1317 del codice civile, concernente il caso di querela di falso. Sotto il nome di *scrittura privata riconosciuta* si indica ogni forma di riconoscimento e così quello che deriva da autenticazione notarile o da ricognizione giudiziale espressa o tacita, anche per effetto di contumacia, o da verificazione regolarmente effettuata. Quanto *alle sentenze passate in giudicato* su cui può essere fondata una domanda, è palese che non intende il codice di accennare a sentenze le quali abbiano già deciso sulla *medesima controversia*, poichè allora la domanda è da respingere colla *exceptio rei judicatae;* ma bensì a quelle che contengono tale giudizio di cui la *esecuzione* sia costituita dallo sviluppo di una nuova domanda. Così, se una sentenza ha *condannato* il soccombente *alla rifusione dei danni*, riservandone *la liquidazione* a separato giudizio, la domanda di liquidazione avrebbe suo fondamento in questo giudicato; — ma se la sentenza avesse soltanto *riservato* al vincitore *l'azione di risarcimento in separata sede*, la domanda relativa a questo oggetto non sarebbe *fondata* sulla sentenza, giacchè questa avrebbe lasciato affatto vergine ed inesplorato il tema se esista o no il diritto a risarcimento.

537. Sulla interpretazione del n. 1 dell'art. 363 non sono mancate talune incertezze, le quali vanno tratto tratto ripresentandosi nel fôro. Si è dubitato se possa essere data la clausola provvisionale quando è controverso il *contenuto* del documento su cui si fonda la domanda; prevale la soluzione affermativa, non essendovi serio motivo di distinguere, nè secondo la parola, nè secondo lo spirito della legge. Si è inoltre disputato se per *domanda fondata su documento* debbasi intendere soltanto quella con cui si mira ad ottenere l'*esecuzione* della obbligazione contenuta, od anche quella per risoluzione del contratto o per applicazione di altre conseguenze legali o contrattuali dell'inadempimento. La seconda interpretazione è preferibile, appunto perchè larghissimo e senza ombra di restrizioni è il linguaggio della legge. Infine, si è voluto ricercare quale debba essere la qualità della *correlazione* fra il titolo e la domanda; e si accreditò la formola: doversi la domanda fondare *direttamente, integralmente ed esclusivamente* sul titolo. L'esperienza

dimostra però quanto sia feconda di controversie questa moltiplicazione di avverbi di cui neppur uno è scritto nel testo. La domanda deve essere *fondata* sul titolo, senza di che non si verifica l'ipotesi dell'art. 363 n. 1; dunque il titolo deve esserne *fondamento diretto;* giacchè se fosse semplice *argomento di appoggio*, ossia *fondamento indiretto* della domanda, mancherebbe l'ipotesi fatta nella legge. Ma non è poi indispensabile che esso ne sia il fondamento *integrale* e tanto meno l'*esclusivo.* Alla prudenza dei giudici, l'esaminare nei singoli casi se e quanto convenga alla peculiarità delle circostanze l'esecuzione provvisoria del giudicato.

538. I nn. 2 a 8 dell'art. 363, che furono copiati dai codici anteriori, non hanno vera e speciale ragione di opportunità, essèndo tutti inclusi nel n. 9 che contempla con vasta comprensione qualsiasi caso di *pericolo nel ritardo.* Questo comma non esisteva nell'art. 135 del codice francese e si trova per la prima volta nel codice sardo del 1859. Quale sia la natura del *pericolo* che abilita a concedere l'esecuzione provvisoria, la legge non lo precisa ed all'interprete non spetta di porre confini all'apprezzamento del giudice, il quale potrà desumere il pericolo sia dalle condizioni particolari della cosa che forma oggetto della controversia, sia dalle circostanze generali della causa, sia dal *danno* che la sospensione della esecuzione può arrecare, sia dalle condizioni personali dei contendenti, come se vi fossero dubbi sulla solvibilità del debitore, ecc. — Ad ogni modo sarà sempre necessario che il giudice riconosca l'esistenza di un pericolo e ne dia ragioni; non si può ammettere infatti che vi sia caso alcuno in cui considerandosi *insito* nella natura stessa della lite o del provvedimento il pericolo, la sentenza *debba* essere dichiarata provvisoriamente esecutiva senza altra motivazione.

539. È generalmente bene accetta agli scrittori l'enunciazione della massima che la esecuzione forzata d'una sentenza provvisoriamente esecutiva sta a rischio e pericolo di chi vi procede, nel senso che egli sia tenuto, nel caso di revoca o riparazione posteriore della medesima, non soltanto a restituire integralmente quanto ha conseguìto coi relativi accessori (su di che non può cadere discussione),

ma ben anco a risarcire i danni d'ogni specie patiti dall'esecutato. Noi crediamo che si debba accogliere tale principio soltanto come una eccezione, e con la più scrupolosa cautela nell'esame dei singoli casi; l'egida di una decisione favorevole è abbastanza solida da coprire quella qualunque imprudenza o colpa che potrebbe essere imputabile normalmente a chi addivenne all'esecuzione, il quale dovrà pertanto rispondere *per colpa* solo in circostanze assai gravi ed affatto straordinarie, e piuttosto in vista di un evidente *abuso* che non per l'*uso* della facoltà concessa dal magistrato e garantita dalla legge.

540. L'esecuzione provvisoria può essere accordata per le sentenze soggette ad appello od anche ad opposizione; ed ha luogo non ostante l'esercizio di qualunque dei due rimedi, fuori del caso che sia stata limitata ad uno di essi solamente (art. 364). Il legislatore lascia liberi i giudici di accordarla limitatamente o no, secondo la prudenza e le circostanze consigliano. Però essa non si estende mai al pagamento delle spese giudiziali (capov., art. cit.), quantunque la ragione di questo divieto sia poco chiara.

È poi fuori di dubbio che nelle cause civili come nelle commerciali l'esecuzione provvisoria può concedersi per qualsivoglia specie di sentenze, e cioè anche per le incidentali ed interlocutorie, quando il tenore della deliberazione sia suscettivo di esecuzione materiale, mediante atti di procedura ulteriori od altrimenti. I titoli per poterla accordare sono i medesimi che per le sentenze definitive; e il giudice ha facoltà di imporre cauzione. Parimente può essere pronunziata per le sentenze proferite in sede di esecuzione forzata.

541. Quando la parte cui interesserebbe non abbia domandata la esecutorietà provvisoria della sentenza, o quando sulla domanda abbia il giudice omesso di pronunziare, non può in alcuna maniera venire provocato un nuovo responso del giudice stesso sul proposito; ma è facoltativo domandare la detta esecutorietà al giudice d'appello (art. 365 e 483). Il secondo dei testi indicati addita all'uopo la procedura *incidentale;* essa potrà essere seguita se si tratti di causa formale e se il vincitore si trovi già citato in appello

dal soccombente; ma se da parte di costui non siasi ancora appellato, la parola dell'art. 483 vale soltanto a significare che la domanda potrà essere proposta dal vincitore ad *udienza fissa* innanzi il competente magistrato di appello. Lo stesso sistema sarà da seguire se il giudizio è sommario, trovisi pendente o no l'appello del soccombente pel merito quando viene dal vincitore promossa la domanda per la esecuzione provvisoria.

542. L'ordinare che si presti cauzione è giudizio discrezionale del magistrato. Quando la cauzione fu prescritta, non può l'esecuzione aver luogo se non dopo la relativa prestazione.

L'autorità giudiziaria imponendo la cauzione deve precisare la somma medesima. Quanto al modo di prestarla il più semplice è quello indicato nell'art. 330 e cioè il deposito nella cancelleria della somma di danaro designata nella sentenza, o di rendite sul debito pubblico dello stato al portatore, per un importo che al valore nominale corrisponda alla somma stessa. Se il valore di borsa è inferiore al nominale, la rendita viene valutata d'accordo fra le parti; ove non siano concordi, pronunzia il magistrato. È quindi da ritenere che l'obbligato a dar cauzione abbia a citare l'avversario per trovarsi, in giorno ed ora determinati, avanti il cancelliere; ivi si fa processo verbale del deposito di danaro o di rendita; e insorgendo sulla valutazione della rendita la controversia preindicata, se ne farà menzione, restando sospesa l'efficacia della cauzione; il depositante quindi citerà l'altro a udienza fissa innanzi il tribunale (art. 389 n. 1) per far giudicare sul dissenso.

La cauzione può essere prestata altresì per mezzo di *fideiussore*. Se questo sia riconosciuto idoneo dall'altra parte, o se in caso di dissidio sia ammesso dall'autorità giudiziaria, egli, con atto ricevuto dal cancelliere, dichiara di sottomettersi a tutte le obbligazioni che le circostanze richiedono. L'atto (processo verbale) ha forza esecutiva contro del fideiussore, senza bisogno di sentenza (art. 329). Anche per la presentazione del fideiussore e per far decidere l'eventuale controversia sopra la sua idoneità, si procede in forma analoga a quella detta dianzi.

Se il fideiussore, o la parte che deve prestare cauzione abbiano domicilio, residenza o dimora lontano dal luogo del giudizio, può essere delegato alla erezione del processo verbale il cancelliere della pretura dove trovasi il domicilio, la residenza o la dimora; può eziandio essere richiesta l'autorità di quel luogo, per la delegazione del suo cancelliere a norma dell'art. 208 (art. 331).

Nelle materie commerciali la cauzione in danaro, a simiglianza di ogni altro deposito giudiziario di somme, può farsi, sul consenso delle parti interessate, presso qualunque istituto di credito o privato banchiere (art. 878 cod. di comm.).

Nelle cause di competenza del pretore, la cauzione, che non sia data in numerario effettivo, si presenta direttamente ed in contraddittorio al pretore; il quale, se le parti non vanno d'accordo, sentenzia sulla sua ammissibilità. L'atto di cauzione cónsiste però sempre in un processo verbale ricevuto esclusivamente dal cancelliere (art. 433).

La legge determinando quali sono i mezzi idonei per costituire una cauzione ha avuto l'intento di assicurare *a priori* la efficacia della garanzia che deve con la medesima essere fornita. Perciò, salvo il caso che la parte contraria vi consenta *espressamente*, non può essere data cauzione in altro modo, per quanto se ne giustificasse la sicurezza.

Le regole medesime si osservano, oltre che per le cauzioni relative all'esecuzione provvisoria delle sentenze, anche per quelle d'ogni altra specie che occorrano nei civili giudizi. Ricordiamo quanto fu accennato nel n. 478 rispetto alla cauzione da darsi per poter procedere a sequestro conservativo (art. 929), aggiungendo che se nel decreto di sequestro non fosse stata riconosciuta l'idoneità del fideiussore o stabilita la valutazione della rendita pubblica, si potrà su di ciò provvedere con decreto suppletivo, non dovendo naturalmente essere in questo caso sentita la controparte.

Sezione III. — *Interesse e capacità delle parti. — Acquiescenza.*

543. Proseguendo a dire le regole generali concernenti i varii rimedi contro le sentenze, è da notare in primo luogo che siccome il loro rispettivo esperimento costituisce uno

stadio del giudizio ed una parte integrale del procedimento di dichiarazione, sono ad essi comuni le norme generali che già conosciamo, circa la capacità ad agire e a difendersi e circa l'interesse. Rispetto ai quali punti fondamentali, riportandoci in via di massima alle nozioni esposte nel primo libro (tit. I, capo IV), segneremo qui brevemente quelle che in ispecialità concernono il nostro tema attuale.

Il diritto di impugnare le sentenze compete soltanto a coloro che furono *parti* nel giudizio a cui le medesime si riferiscono, eccettuata l'opposizione del terzo, per la quale, in ragione del suo uffizio, vige la regola contraria. Soltanto chi fu parte in un giudizio è difatti ordinariamente in condizione di avere un interesse per reclamare contro la decisione in esso proferita, in quanto questa decisione gli sia dannosa, vale a dire lo costituisca in istato di *soccombenza*. Laonde la nozione dell'interesse a *reclamare* è più ristretta di quella dell'interesse ad *agire*. Chi ha ottenuta piena vittoria nel suo assunto non ha interesse per provocare un novello giudizio. Al tempo stesso però una lieve ponderazione è sufficiente per avvertire come non faccia bisogno di aver subìta una sconfitta completa nella lotta giudiziaria per possedere codesto interesse, ossia per trovarsi in istato di soccombenza. Chi domandando cento ottenne cinquanta, chi propose una istanza principale ed una subordinata e conseguì vittoria sulla seconda soltanto, si trova in istato di parziale soccombenza che gli conferisce interesse ad appellare. Perfino la semplice ripulsa sopra una domanda accessoria, come quella delle spese o della esecuzione provvisoria, è bastante per far sorgere l'interesse al reclamo limitato al punto della parziale soccombenza. È ritenuto eziandio senza contrasto che alla stessa guisa per cui ha interesse a reclamare il contumace, lo ha colui che si è *rimesso alla giustizia* del magistrato, poichè egli si vale del suo diritto quando assume di dimostrare che la sentenza *non fu conforme a giustizia;* sempre a condizione che sia rimasto soccombente in tutto od in parte. E così, nel nostro diritto giudiziario non si ammette che la confessione od il giuramento precludano la via ai reclami, potendosi discutere ancora sulla estensione della prova, sull'interpretazione fattane dal giudice, ecc.

È possibile pertanto che l'interesse di cui parliamo sia posseduto da tutte le parti, in diverso senso e in varia proporzione a seconda della rispettiva soccombenza. Vi è però una notevole distinzione da fare tra l'interesse di chi ha formolate conclusioni nel giudizio e quello di chi fu contumace o si astenne da specifiche istanze. Imperocchè nel primo caso l'interesse a reclamare sta in relazione a quella parte delle conclusioni che non venne accolta; nel secondo caso è più ampio; ossia si misura dal pregiudizio qualunque che il soccombente può giustificare di aver ricevuto o di temere pel proprio diritto.

544. Abbiasi inoltre presente che il reclamo deve essere diretto contro chi ha *interesse ad opporsi al medesimo.* Questa regola ha molta importanza nel riguardo della ipotesi che siano più di due i contendenti e che taluno, benchè vincitore, non lo sia in confronto al reclamante ma bensì ad altra delle parti in causa, di guisa che la sua vittoria non possa recare al reclamante alcun pregiudizio, nè egli dal reclamo possa temere mutazione alcuna allo stato di cose che lo riguarda. Ma per avere interesse ad opporsi ad un reclamo non è sempre necessario che siasi conseguìta vittoria in stretto senso. Così, se l'attore ha veduta respinta la sua domanda per dichiarazione d'incompetenza assoluta fatta d'uffizio dal magistrato ed il convenuto impugna simile decisione, senza dubbio è l'attore interessato a difenderla, comunque a prima vista egli figuri soccombente nella lite.

545. L'interesse a reclamare si *perde* mediante l'accettazione del giudicato impugnabile, o per dirla in una sola parola, mediante la *acquiescenza.* Questa è regola comune eziandio ai terzi in relazione al rimedio straordinario della opposizione di terzo. La acquiescenza, secondo l'ultimo capoverso dell'art. 465 del codice può essere *espressa* o *tacita.* Quella espressa, come lo dice il nome, risulta da dichiarazioni che attestino positivamente la volontà di sottomettersi al giudizio quantunque sfavorevole. Quella tacita risulta generalmente da fatti spontanei del soccombente, che siano per l'indole loro incompatibili colla intenzione d'impugnare la sentenza. Essi, nella sostanza se non sempre nella forma, ne costituiscono la *esecuzione volontaria.* Ma importa che il

loro contenuto non ammetta possibilità di equivoco, od in altri termini che ne sia indiscutibile la spontaneità; senza di che mancherebbe alla loro interpretazione quella sicurezza che sola può tranquillare il magistrato nel riconoscerne il valore.

546. Da codesti cenni emerge essere l'acquiescenza un fatto proprio ed esclusivo del soccombente; il vincitore, non avendo la facoltà di reclamare, non ha neppur quella di rinunziare al reclamo. Essa è pertanto un fatto *unilaterale* ed *autonomo;* vale a dire, produce effetto senza bisogno di adesione del vincitore, che ne raccoglie il vantaggio non in quanto la sua volontà vi concorre, ma per l'autorità della sentenza a lui favorevole. Che se, per le circostanze particolari della lite, vi fosse soccombenza parziale di entrambi i contendenti, l'acquiescenza dell'uno non crea obbligo di acquiescenza per l'altro a meno che fra di loro su di ciò espressamente si convenga. Ma allora si ha una *transazione* non una semplice accettazione della sentenza. Ne consegue che colui il quale, colla esplicita dichiarazione o col fatto, si è acquetato in modo puro e semplice alla decisione, nella parte che gli è contraria, non può pretendere di revocare ed annullare l'accettazione sua allorquando l'altro per proprio conto la impugni nella parte in cui è a sua volta rimasto soccombente. Nel sostenere questa tesi noi andiamo contro l'opinione prevalente che crediamo fondata su di un equivoco. Ritiensi infatti che l'acquiescenza contenga sempre in sè la tacita condizione di incontrare, quasi a correspettivo, quella dell'avversario. Ora, la legge non lo dice; anzi il capoverso ultimo dell'art. 465 dispone: « L'accettazione espressa o tacita della sentenza *importa rinunzia* al diritto d'impugnarla »; nè altro aggiunge che infirmi il categorico senso del vocabolo *rinunzia*. Per nostro avviso ciò conduce a ritenere che *chi presta acquiescenza* si vincola in modo irrevocabile; ma poichè si tratta di un *fatto volontario*, è ben libero ciascheduno di astenersene; e nello stesso tempo ha diritto, invece di fare acquiescenza, ossia di *rinunziare* per proprio conto al diritto d'impugnativa, di agire più cautamente. E cioè potrà *proporre all'avversario* la reciproca accettazione del giudicato; ma questa non è acquiescenza,

nè semplice nè tampoco condizionata; è una *proposta di transazione* che, se accettata, si muterà in valido contratto; se respinta, cadrà nel nulla e non sarà mai stata per un solo istante valida ed operativa come atto di acquiescenza.

547. Abbiamo spiegato altrove (n. 94) come ai gradi di giudizio successivi a quello in cui entra od è entrato il processo, non può farsi preventiva rinunzia senza infrangere il divieto dell'art. 69. La stessa ragione vale per escludere la validità dell'*acquiescenza preventiva* a decisioni non ancora emesse. La stessa parola *accettazione* usata nel testo dell'art. 465 dinota essere tale il pensiero del legislatore; poichè non si *accetta* ciò che è ignoto ma ciò che essendo ben conosciuto potrebbe con libertà uguale di elezione essere da noi *non accettato.*

L'accettazione non ha un effetto identico a quello del passaggio in giudicato della sentenza. Essa infatti non giova a render valide le decisioni che violano discipline d'ordine pubblico; quindi è ammesso che non ostante l'acquiescenza si possa impugnare una sentenza proferita da giudice *incompetente in via assoluta.* È naturale che trattandosi di un atto volontario estenda l'efficacia sua dentro i confini assegnati alla validità del privato consenso; e cade in acconcio riferirci alle considerazioni espresse sotto il precedente num. 528, ripetendo essere un errore il parlare di *accettazione* della sentenza, quando essa passa in giudicato in seguito al silenzio serbato dal soccombente durante il termine utile ad impugnarla.

548. Non possono essere qui istituite analisi più particolareggiate di questo importante istituto processuale. Giova tuttavia ricordare come la notificazione della sentenza non costituisca mai atto di accettazione, quantunque fatta senza riserve; il codice francese invece nella notificazione senza riserva riconosce il valore di una acquiescenza limitata al caso in cui l'altra parte per conto proprio non appelli (art. 443). È più razionale il nostro sistema, avvegnachè la notificazione pone in corso il termine utile per impugnare la sentenza; e questo termine dev'essere, per rigore di giustizia, comune ad entrambe le parti, come rettamente dispone l'articolo 45 (v. n. 77). Devesi anche rilevare che, sebbene nell'art. 465

siano considerate ad una stessa stregua l'accettazione espressa e la tacita, vi sono nel codice talune disposizioni in virtù delle quali è necessario che essa sia prestata in forma esplicita perchè abbia validità; così quella dell'art. 309 relativa alla sentenza che pronunzia sul falso civile, quella dell'articolo 232 riguardante il decorrimento del termine per l'esame testimoniale, quelle degli art. 469, 28 e 31, che esamineremo più oltre, quella dell'art. 1372 del codice civile che concerne l'accettazione di una formola di giuramento modificata nella sentenza che l'ammette. Tengasi infine presente che, per la esecutorietà di una sentenza rispetto ai terzi, non basta l'acquiescenza delle parti, giusta la disposizione dell'art. 561 (v. n. 701).

549. Affine all'acquiescenza è la *rinunzia* al reclamo che già sia stato proposto, data in forma puramente spontanea e volontaria. Essa può avere effetto maggiore della acquiescenza, giacchè se il reclamo è stato introdotto dopo la notificazione della sentenza e quindi dopo cominciato il decorso del termine pel suo passaggio in giudicato, la rinunzia fa risultare compiuto il termine stesso e così irrevocabilmente consolidata l'autorità della regiudicata.

Anche qui debbesi però distinguere fra la rinunzia pura e semplice, e quella che sia conseguenza di accordo contrattuale fra i litiganti: quest'ultima avrà il carattere di una transazione, non già quello genuino di un atto di acquiescenza.

Ciascuno intende poi come per prestare acquiescenza in modo obbligatorio convenga possedere la capacità di stare in giudizio; e possederla al momento in cui l'acquiescenza si effettua. Non è necessario avere la piena capacità di *alienare* i diritti o le cose in controversia, come è da qualche scrittore supposto, poichè chi accetta una sentenza non aliena nè cose, nè diritti, ma rinunzia alla *speranza*, che forse non ha, di un giudizio più favorevole in altra sede, rendendo omaggio all'autorità della sentenza che sulla cosa o sul diritto ha pronunziato.

550. L'impugnazione della sentenza per essere valida deve essere proposta tra persone *attualmente capaci*. Quindi importa tener conto dei cambiamenti sopraggiunti nello

stato e nella capacità delle parti tra uno stadio e l'altro del giudizio. Se il vincitore in prima istanza è stato interdetto prima che il soccombente intraprenda il giudizio di appello, questo dovrà istituirsi in confronto del suo tutore; se è invece uscito dall'età minore nel detto intervallo, dovrà istituirsi contro di lui personalmente, e così via. Parimente l'appello dovrà essere proposto dalla persona soccombente, divenuta nell'intervallo maggiorenne, quantunque in primo grado abbia agito il di lui padre o tutore, ecc.

551. In quanto agli enti collettivi, ai corpi morali, alle pubbliche amministrazioni, deve accogliersi come regola generale che i reclami nel loro interesse debbono venire proposti dall'uffizio o funzionario che li rappresentò nello stadio di giudizio anteriore. E così dicasi per la intimazione dei reclami contro i medesimi diretti. Fu già accennato a questa regola nel n. 41; resta solo da aggiungere che la sua esattezza è dimostrata sia dalla considerazione della unità sostanziale del giudizio nei suoi differenti stadi, sia dalla maggiore e migliore tutela che deriva alla difesa dell'ente morale od amministrativo dal proseguire sotto la medesima direzione, sia infine dalla semplicità che ne acquistano le relazioni colle altre parti litiganti, le quali è giusto che sappiano senza incertezza chi è e dov'è il loro legittimo contraddittore, in ogni istante della controversia (1).

Se il rappresentante dell'ente morale o dell'incapace ebbe bisogno di autorizzazione per sostenere la lite nel grado inferiore, egli si potrà ritenere abilitato in virtù della medesima a proseguire nel suo còmpito giudiziario sia impugnando le sentenze contrarie, sia difendendo le favorevoli contro l'impugnazione degli avversari. E ciò per la ragione che l'autorizzazione datagli riguarda l'effetto a cui tende la controversia, vogliamo dire la difesa del diritto dell'ente rappresentato, con quei mezzi che all'uopo sono consentiti o necessari. Si eccettui naturalmente l'ipotesi in cui il consiglio comunale autorizzando il sindaco, il consiglio di famiglia

(1) In caso però di cambiamento della persona o dell'uffizio che ha facoltà di agire per l'ente che impugna o contro cui si impugna una sentenza, è il nuovo rappresentante che solo può fare o ricevere l'atto necessario per l'impugnazione.

autorizzando il tutore, ecc., avessero esplicitamente limitato l'effetto della loro deliberazione a determinati gradi o stadi della causa.

SEZIONE IV. — *Decorrenza e sospensione del termine.*

552. Dalle analisi che abbiamo svolte nella sezione prima intorno alla naturale autorità delle sentenze ed ai termini concessi per impugnarle, dobbiamo ora desumere una conseguenza che avrà bisogno di brevissima dimostrazione.

Il termine per reclamare, abbiamo detto (num. 528), costituisce una finzione della legge, la quale trasferisce ad un momento alquanto lontano il vigore completo dell'autorità posseduta originariamente dalla sentenza come emanazione di un legittimo potere sovrano. Trascorso il termine, senza che il reclamo sia stato introdotto, la finzione sparisce e riprende suo impero il genuino principio razionale. L'autorità della sentenza, ormai *res judicata,* diventa oggetto della cura suprema del legislatore; il custodirne intatta l'osservanza appartiene alla tutela dell'ordine pubblico.

È quindi pienamente giustificata la concisa ma fondamentale dichiarazione di massima contenuta nell'art. 466: « i termini per impugnare una sentenza *sono perentorii;* la decadenza ha luogo *di diritto* e *deve* essere pronunziata *anche d'uffizio* ».

Il codice francese, non avendo esplicitamente dichiarato l'obbligo del magistrato di pronunziare la decadenza *anche d'uffizio*, lasciava aperta una sorgente di gravi incertezze. Per guisa che nella dottrina e nella giurisprudenza stette lungamente in lotta colla teoria che considera d'ordine pubblico la guarentigia dei termini per i reclami, quella che la riferisce esclusivamente all'interesse privato dei contendenti. L'opinione più corretta, in conformità della quale si riconosce debito del magistrato pronunziare anche d'uffizio la decadenza dal diritto d'impugnare una sentenza, finì però con prevalere anche in Francia, dove oggi è accolta ed osservata. Nelle altre legislazioni straniere domina pure la stessa regola. In Austria, il rigetto del reclamo perchè fuori

di termine spetta al giudice *a quo* innanzi al quale esso viene interposto (reg. austr., §§ 468 e 507). Così parimente in Spagna (*Ley de enjuciam.*, art. 386, 398).

553. Conseguenza del principio sancito nell'art. 466 è la regola della non prorogabilità dei termini assegnati per ciascheduna specie di reclamo. Quindi, in massima, non è ammissibile riguardo ad essi veruna causa d'interruzione o di sospensione, salvo quelle tassativamente imposte dalla parola del legislatore. Le eccezioni sono pochissime e tutte ben giustificate. Prima di esaminarle è opportuno che vediamo come il termine cominci a decorrere e debba essere computato.

554. Ciascun mezzo d'impugnazione delle sentenze ha assegnazione di termini speciali che enuncieremo nei capi seguenti. Ed anche le regole di decorrenza devono presentare alcune diversità consentanee all'indole dei vari rimedi. Lo vedremo meglio parlando della rivocazione, dell'opposizione del terzo, ed in certi limiti anche nel trattare della opposizione alle sentenze contumaciali. Intanto però, in via di regola, e *salve le disposizioni speciali della legge*, l'articolo 467 stabilisce che *il termine decorre dalla notificazione della sentenza.*

Ad evitare equivoci nella intelligenza di siffatta regola è indispensabile premettere che essa non include il divieto di proporre reclamo contro una sentenza prima della notificazione. Alcune legislazioni hanno accolto questo divieto; ma per verità, dato il sistema del nostro codice, esso non riescirebbe plausibile. La parte che vi ha interesse col notificare la sentenza all'avversario, lo pone in grado di averne conoscenza perfetta e con ciò *lo costituisce in mora* ad impugnarla. Con l'atto medesimo l'autore della notificazione si manifesta a sua volta consapevole della decisione e *costituisce in mora se stesso* a reclamarne, in quanto vi abbia interesse. Ma per conoscere la sentenza ed i suoi motivi, per ponderare quindi sulla convenienza d'impugnarla, la notificazione non è indispensabile, potendo ciascheduno leggerla e meditarla nella cancelleria ed averne copia ad ogni richiesta. La notificazione, di cui vedesi pertanto l'utilità all'effetto della *costituzione in mora*, non può essere

adunque un precedente *indispensabile* perchè colui il quale intende impugnare una sentenza acquisti la facoltà di proporre il suo reclamo (1).

È piuttosto intorno alle generalità del sistema che pare fondata una seria critica. La sentenza non può passare in giudicato se non dopo notificata. Ora niuna disposizione obbliga una parte a far eseguire la notificazione all'altra più o meno presto. E così nasce questa grave anomalia; che mentre una sentenza può giacere molti anni nell'archivio della cancelleria, nello stato di *color che son sospesi*, d'un tratto poi la notificazione dà moto ad un termine, relativamente brevissimo, trascorso il quale diviene irrevocabile. L'anomalia non consiste nella brevità di questo termine, ma nella indefinita lunghezza del periodo che può precederlo, la quale contrasta stranamente coi principii razionali che più indietro sviluppammo. Il legislatore austriaco aveva accolto un sistema molto migliore, mantenuto nella nuova legge processuale del 1895, e seguìto anche in altri paesi. La sentenza pronunziata si fa conoscere immediatamente alle parti per cura del giudice, a mezzo della cancelleria; indi decorre un termine comune e brevissimo per poterla impugnare; libero poi il vincitore d'indugiare quanto gli piaccia a promuoverne l'*esecuzione*. Questa è di dominio esclusivo del privato interesse: l'autorità della sentenza

---

(1) Su questo punto vi sono molte disparità nelle legislazioni. Mentre fra noi è indiscutibile il diritto di proporre un reclamo contro la sentenza del giudice, prima della sua notificazione, e in qualunque momento successivo alla pubblicazione della medesima, altri legislatori reputarono di dover provvedere diversamente. Così per le leggi che dispongono la notificazione d'uffizio della sentenza (sistema austriaco e spagnuolo) non può un reclamo essere introdotto prima che essa abbia avuto luogo. Il codice dell'impero germanico (§ 477) interdice di proporre l'appello prima della notificazione della sentenza; uguale divieto esso stabilisce riguardo al ricorso per revisione (§ 513). Il codice francese (art. 449) dispone che l'appello può essere interposto anche prima della notificazione della sentenza; però, se questa non è provvisoriamente esecutiva, l'appello interposto prima che siano spirati otto giorni dalla data della medesima è irricevibile. Analoga norma conteneva il codice ginevrino redatto dal Bellot (art. 308); attualmente però esso segue il sistema fra noi vigente (art. 343 del codice ginevrino del 1891). Il codice olandese ha copiato letteralmente, nel suo art. 342 il citato articolo 449 del codice francese, che viene osservato anche nel Belgio.

appartiene invece principalmente all'ordine pubblico e giova sottrarla il più presto possibile all'arbitrio privato dei litiganti.

555. Perchè la notificazione della sentenza sia efficace a far decorrere il termine, deve essere eseguita nei modi ordinati dalla legge, già in precedenza esaminati (num. 449). Giova ricordare anche la disposizione dell'articolo 437 che ammette come equipollente alla notificazione della sentenza del pretore la pubblicazione fattane alla presenza *personale* di *tutti* gli interessati (v. num. 498). Una disposizione speciale troveremo poi nell'articolo 725 relativa alle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione, per le quali la pubblicazione tiene luogo di notificazione ai contumaci.

Se le parti in causa sono più di due, le regole concernenti la notificazione ed i suoi effetti, soggiacciono ad alcune speciali determinazioni. Anzitutto conviene tener separati i casi in cui l'oggetto della controversia sia *indivisibile;* di questi toccheremo più oltre (n. 567 e segg.). Quando l'oggetto è divisibile, la notificazione fatta al soccombente da uno dei vincitori, al quale profitta soltanto *una parte* della condanna, non mette in mora l'intimato a reclamare in confronto degli altri vincitori; e viceversa, se più siano i soccombenti, la notificazione fatta dal vincitore ad uno di essi, non costituisce in mora gli altri. Inoltre è da riflettere che qualora siano più di due le parti in causa, possono fra una e l'altra passare rispettivamente rapporti giudiziari distinti e rappresentanti singole azioni nettamente separate. Così, suppongasi il caso di chiamata in garantìa; la sentenza che condanna il convenuto a favore dell'attore ed il garante a favore del convenuto, notificata al convenuto ed al garante contemporaneamente per cura dell'attore, li costituirà in mora entrambi a reclamare per la condanna principale, avendovi comune interesse; ma non costituisce però in mora il garante verso il convenuto rispetto alla propria condanna di rilievo. Ad ottenersi questo effetto sarà necessario che il convenuto faccia egli a sua volta notificare la sentenza al garante, o che il garante la faccia notificare al convenuto.

556. Il termine comincia a decorrere dalla data della notificazione della sentenza. Si applica la regola dell'art. 43, vale a dire nel numero dei giorni assegnati pel reclamo non si computa quello della notificazione. Ma vi si computa quello dell'introduzione del reclamo; di guisa che sarebbe fuori di termine e quindi inammissibile il reclamo che venisse proposto, per es., nel 31° giorno successivo alla notificazione, quando il termine assegnato sia di giorni trenta.

Data l'ipotesi che siano più le parti notificate, ciascheduna deve ricevere una distinta copia della sentenza; e se le notificazioni hanno luogo in giorni diversi, il termine decorre (salvi i casi d'indivisibilità e gli altri esaminati nei nn. 571 a 573) rispettivamente per ciascheduno dalla data della notificazione che gli sia stata fatta.

557. Per dire ora dei casi nei quali il termine per reclamare da una sentenza è suscettivo di proroga, noteremo anzitutto che questa non può mai derivare da speciale concessione del giudice, neppure di fronte alle circostanze più gravi e capaci di giustificarla. Il rigore di questa regola è imposto necessariamente dal copulativo esame delle disposizioni contenute nell'art. 466 e nell'art. 46, da cui è esclusa nel modo il più assoluto l'accennata possibilità di proroga. Si deve quindi respingere l'opinione, da alcuni propugnata, che nei casi di *forza maggiore* possa rimanere sospeso il decorso del termine, qualunque sia la natura dell'accidente e quando pure esso abbia carattere di pubblica calamità eccezionalissima ed impreveduta; osservando che in siffatta ipotesi sarà agevole con un provvedimento legislativo *ad hoc* soddisfare i dettami della giustizia. Analogamente è da ritenere (e in ciò la maggioranza dei proceduristi concorda), che la *convenzione delle parti* non valga direttamente od indirettamente a produrre l'effetto della sospensione o della proroga. Infine va respinto l'avviso di qualcuno che pensa poter essere il *dolo* causa legittima di sospensione del termine; contro di che è argomento categorico il considerare che il dolo è stato posto dal legislatore fra i titoli che particolarmente autorizzano a ricorrere per rivocazione (articolo 494 num. 1); onde si deve tener fermo il rispetto del criterio interpretativo: *ubi voluit dixit.*

558. In due testi e per due casi distinti si vede ammessa espressamente la sospensione dei termini per reclamare. Una prima volta la troviamo compresa nella regola generale stabilita dall'art. 111, pel cui tenore, ordinata la sospensione delle cause rispetto alle quali debbe aver luogo il regolamento di competenza, rimane impedita la decorrenza di ogni termine di procedura (v. n. 192). Il che non ha bisogno di giustificazione, riuscendo manifesta la necessità di impedire il decorso dei termini quando la lite è sospesa. Il secondo caso di sospensione è scritto nell'art. 468. Esso contempla il caso di *morte della parte soccombente* avvenuta quando il termine abbia già cominciato a decorrere; e dispone che rimanga sospeso sino a che la sentenza venga notificata agli eredi. Neppure di siffatta regola è discutibile la giustizia: la notificazione segna il principio del termine, in quanto somministra la certezza che la sentenza sia conosciuta dalle parti; egli è chiaro che tale certezza vacilla, se non svanisce, rispetto agli eredi chiamati a raccogliere improvvisamente quella universalità di diritti della quale fa parte la lite decisa con sentenza non irrevocabile. Nulla garantisce che di tale sentenza sia dato loro il modo di acquistare cognizione: forse essa fu pubblicata in pretura alla presenza del defunto, forse egli non ha conservata con cura la copia notificatagli, o gli eredi non ne possono avere immediata contezza perchè confusa fra altre carte, o lasciata presso il procuratore, o perchè essi sono lontani, ecc., ecc.

559. Il testo in esame contempla il caso solo della morte del *soccombente;* è ai di lui eredi infatti che interessa in via assoluta di sapere con precisione qual è l'ultimo momento utile pel reclamo. Del resto poco importa che la soccombenza sia stata parziale o totale, sovra un punto di contesa principale o su di uno secondario, purchè soccombenza vi sia. Nè occorre che il fatto della morte sia in alcun modo reso noto dagli eredi alla controparte, perchè si ottenga l'effetto della sospensione. L'obbligo di una notificazione di questo genere, non potrebbe essere stabilito a carico degli eredi, se non partendo dalla ipotesi che sia a loro notizia la esistenza del giudicato, il che contrasta colle ragioni della prescritta sospensione.

Nè importa se il defunto aveva egli stesso fatta eseguire la notificazione che iniziò il termine. I suoi eredi si troveranno sempre nella identica possibilità d'ignorare perfino la lite; ed è l'avversario che deve porli in grado di provvedere alla loro difesa. Non si dubita però che se gli eredi curassero essi medesimi una successiva notificazione della sentenza all'avversario, dalla data di questa riprenderebbe corso il termine sospeso.

560. Come si effettua la notificazione agli eredi? L'articolo 468 autorizza l'interessato a valersi di una forma eccezionale: e cioè, a far notificare *una sola copia della sentenza* collettivamente a tutti gli eredi, nell'ultimo domicilio o residenza che aveva il defunto, *senza designazione di nomi o di qualità* (salvo quella generica di eredi del *de cujus*). La legge non distingue fra il caso in cui il creditore ne conosca i nomi e quello in cui li ignori; tuttavia, se invece di avvalersi della comodità così proffertagli, egli preferisse notificare a ciascun erede nominativamente la sentenza, o la volesse loro notificare in altro luogo, dovrebbe seguire tutte le regole ordinarie.

Ma codesta forma eccezionale ed assai spiccia non è ammessa senza una limitazione; passato il primo anno dall'apertura della successione, cessa la facoltà di usarne. E ciò per la considerazione che, dopo questo termine, è difficile che la casa dove il defunto ebbe ultimamente il domicilio, o la residenza, continui ad essere per tutti gli eredi un centro necessario di ritrovo al quale metta capo la direzione degli affari ereditari, sì che con l'accennata notificazione si possa presumere raggiunto lo scopo del legislatore.

Un'ultima osservazione. Quando un termine viene *sospeso*, è solo la parte che mancava a compierlo nel momento della sospensione quella che riprende a decorrere dopo cessata la causa che ne ha impedita la fine. Riflettendo che un litigante può morire alla vigilia della chiusura del termine, ed anche nell'ultimo giorno, di modo che per gli eredi la sospensione avrebbe un risultato quasi irrisorio, il secondo capoverso dell'articolo citato stabilisce che la parte del termine la quale resta a decorrere dopo la sospensione viene prorogata sino alla metà del termine intiero, se sia inferiore a questa misura.

SEZIONE V. — *Pluralità d'interessati attivi o passivi.*

561. L'argomento che ora tocchiamo è di grandissima importanza non solo dal punto di vista della pratica, ma anche nei riguardi della teoria, la costruzione della quale forma tuttora l'oggetto di interessanti controversie. Le idee che noi esporremo sono conformi e servono di illustrazione al sistema accolto dal codice, il quale, se non è privo di mende, ci sembra debba essere approvato nei suoi punti fondamentali, siccome ossequente alla logica e adatto alle convenienze della pratica.

562. Conviene accennare prima al diritto romano, a cui risalgono in generale i trattatisti e sulla intelligenza del quale, in questo particolare soggetto, pare a noi che domini un certo equivoco.

Il Digesto conserva soltanto un testo di Ulpiano che contempla, relativamente all'appellazione, la duplice ipotesi di più interessati attivi o passivi. È mestieri premettere che, nel sistema processuale romano, l'introduzione dell'appello consisteva nella dichiarazione, fatta *al giudice da cui la sentenza era stata emanata*, di volerne appellare; bastava che dopo la pronunciazione della sentenza la parte gravata dicesse: *Appello*, perchè il reclamo fosse istituito, salvo poi di presentare al medesimo giudice *a quo* il *libello appellatorio,* ossia un atto formale più completo contenente le indicazioni specifiche della sentenza impugnata, delle parti in causa, del giudice a cui appellavasi, ecc. (L. 1, § 4 e L. 2, Dig., 49, 1). Siccome, per altro, la base del giudizio d'appello stava nella prima dichiarazione di voler appellare, così non si annetteva molta importanza all'eseguimento di tutte le singole formalità del libello appellatorio, le quali, invero, non erano più *essenziali* alla esistenza del reclamo. Talchè non si esitò ad ammettere che la mancanza del nome dell'avversario contro il quale appellavasi, non fosse titolo di nullità del libello (L. 3, pr., Dig. *eod. tit.*).

Così stando le cose, Ulpiano proponevasi il caso di *un soccombente* contro *più vincitori*, il quale nel libello avesse indicati soltanto i nomi di alcuni; e chiedevasi se con ciò

fosse da intendere omessa l'appellazione contro gli altri. Rispondeva, che, *a titolo di equità,* quando unica fosse la controversia rispetto a tutti *(cum una causa sit),* dovesse l'appellazione ritenersi proposta *contro tutti.* Continuando, formolava una ben diversa ipotesi: *più soccombenti* stanno contro *un solo vincitore;* taluni appellano, altri no: s'intenderà l'appello profittevole a tutti? Il giureconsulto decideva *negativamente: «hi soli appellasse videbuntur quorum nomina libellis sunt comprehensa»* (L. 3, §§ 1 e 2, Dig. *eod. tit.*).

Da questi testi si ricavò l'insegnamento che giusta il diritto romano l'appello avesse *effetto reale,* cioè non solo servisse a tutela dell'interesse del reclamante nei limiti della domanda sua, ma investisse sempre tutta la sentenza, nell'interesse o contro l'interesse anche delle parti nella domanda non comprese. Ma vi è in ciò un errore; e le premesse da cui siamo partiti bastano a dimostrarlo. Ulpiano dà due opposte soluzioni, per i due casi di *pluralità di vincitori* e *di pluralità di soccombenti,* laonde sarebbe lecito tutt'al più supporre che egli ammettesse la realità degli effetti dell'appellazione nel primo caso, la personalità nel secondo. Ma di tale diverso trattamento tornerebbe poi difficile chiarire le ragioni. Invece è molto semplice e persuasivo il ritenere che il giureconsulto non siasi proposto verun problema astratto di realità o personalità degli effetti del reclamo. Nei riguardi del primo caso, tenendo in vista *le forme allora accolte* per la introduzione dell'appello, egli trovò modo di conciliare i dettami dell'equità coll'osservanza della legge; relativamente al secondo caso dovette seguire la legge, lasciando in disparte le larghezze della equità che non sarebbero state con la medesima conciliabili. Il soccombente che ha detto: *appello,* può aver inteso di reclamare contro *tutti* i suoi avversari, massime se unica era la *causa petendi;* quelli fra i soccombenti che non hanno nemmeno detto: *appello,* non devono essere ritenuti appellanti, non potendosi astringere un cittadino, contro sua voglia, ad agire in giudizio.

Nè si tralasci di rammentare che l'appello, nel diritto romano, secondo la sua genesi ed evoluzione storica, e secondo la sua forma processuale, costituiva piuttosto un

dibattito fra il soccombente e il giudice da lui accusato di ingiustizia (vedasi l'istituto *dei libelli refutatorii)* anzi che una prosecuzione della controversia fra i due antagonisti privati. Onde, se da un lato riesce meglio spiegato l'insegnamento surriferito del giureconsulto, dall'altro si intende pure che potesse l'effetto del reclamo essere *reale,* od averne le apparenze, per cagione diretta del suo carattere così diverso da quello che hanno i mezzi odierni di impugnazione delle sentenze.

Dal che deduciamo che il diritto romano non offre alla dottrina moderna un punto di consistenza abbastanza solido e sicuro.

563. Pertanto, è alla logica del diritto che devesi chiedere lume per discernere la retta via.

Contempliamo dapprima l'ipotesi di un soccombente contro più vincitori e distinguiamo secondo che la controversia sia *divisibile* oppure *indivisibile.*

Controversia divisibile. — Tizio e Caio hanno ottenuto contro Mevio la condanna al pagamento di *cento,* vale a dire di *cinquanta per ciascheduno.* La sentenza è una nell'intrinseco, ma in realtà consta di due: una fra Tizio e Mevio, l'altra fra Caio e Mevio. Se il soccombente reclama per la condanna sofferta in confronto ad uno dei vincitori, si può obbligarlo ragionevolmente a reclamare anche contro l'altro? No di certo, poichè la divisibilità dell'oggetto rende divisibile la sentenza e compatibile quindi il suo eseguimento in favore di uno dei vincitori col reclamo contro l'altro. Era ben fra le cose possibili che il giudice accogliesse la domanda per la parte dovuta a Tizio e la respingesse per quella di Caio; e la stessa possibilità vi sarebbe per l'esito del reclamo che contro la condanna venisse proposto in confronto ad entrambi i vincitori. Onde, secondo la logica e per via di massima, il reclamo, nella ipotesi considerata, deve avere *effetto personale.*

564. Nondimeno siffatta conclusione non deve condurre a conseguenze eccessive. Il soccombente potrebbe aver l'idea di proporre reclamo contro entrambi i vincitori, ma *separatamente,* per iscopo di defatigazione od altro; potrebbe anche avere necessità di riparare col secondo

appello ad una omissione involontaria. Indi la eventualità di *due reclami contro una sola sentenza*; la quale eventualità non può riuscire benevisa al legislatore, nè utile alla causa della giustizia, qualora l'interesse dei due vincitori contro il soccombente *sia comune;* il che non include soltanto l'idea di *unità della controversia*, o di *identità di interesse*, ma quella più larga di *comunanza di mezzi di attacco o di difesa.* Supposta ed ammessa la separazione dei reclami, potrebbero aversene due sentenze contrarie fra loro su controversie analoghe, e già una prima volta decise colla scorta di un solo e comune criterio; il che, se materialmente non è incompatibile, lo è dal punto di vista astratto ed anche per l'effetto morale. Nei giudizi la *verità* che si consegue è sempre *relativa;* ma sta bene che essa si avvicini il più che umanamente è possibile all'*assoluto;* od almeno che si eviti, come meglio al legislatore è dato, di far sentire troppo aspramente la distanza che passa tra il vero relativo e l'assoluto.

Codeste considerazioni suggerirono un temperamento. Data la *pluralità dei vincitori* e la comunanza fra loro dell'*interesse ad opporsi al reclamo*, questo deve essere trattato in confronto di tutti *mediante unico giudizio.* Quindi, se il soccombente ha reclamato contro uno solo dei vincitori, sia egli obbligato ad estendere il ricorso anche contro gli altri che posseggono uguale il detto interesse. È questo il concetto da cui ha vita l'istituto della *integrazione*, regolato nell'art. 469. Il quale istituto ha pratica applicazione nell'obbligo fatto al giudice (sia dietro istanza di parte, sia anche d'uffizio) di ordinare al reclamante che *integri* il giudizio col farvi intervenire tutti quelli che, essendo stati vincitori, hanno interesse ad opporsi alla domanda di riforma o di annullamento della sentenza. E nel suo risultato materiale esso si risolve in una proroga del termine normale pel reclamo; in fatti, rispetto a coloro che devono essere citati a scopo d'integrazione, il termine potrebbe essere ormai scaduto; tuttavia è ammessa l'efficacia del reclamo anche in loro confronto, poichè una volta accolta l'idea dell'integrazione il legislatore non poteva a meno di considerare *virtualmente proposto anche contro di loro* il reclamo fino dal momento in cui lo si propose contro il primo citato.

565. Basta aver detto questo perchè emerga ben definita la condizione a cui la detta proroga di termine va soggetta: occorre, cioè, che per coloro che sono chiamati in via d'integrazione, il termine *non sia già scaduto prima del reclamo interposto.* Più vincitori possono avere fatte eseguire separate notificazioni della sentenza in epoche diverse; e, giusta quanto s'è detto al n. 555, ciascuno con la rispettiva notificazione inizia il decorso del termine a proprio favore. Per modo che nei rapporti fra il soccombente ed uno dei vincitori può essersi di già formata la *res judicata,* allorchè il soccombente stesso si trova ancora in tempo per reclamare contro altro vincitore. Dinanzi alla regiudicata svanisce il pericolo che possa separatamente venir proposto un secondo reclamo; pertanto il principio ordinario della *personalità* pura e semplice dell'effetto del reclamo non ha qui bisogno di essere temperato con verun provvedimento.

Per analogia di ragioni, l'integrazione non può nè deve aver luogo, quando il soccombente dichiari *di accettare la sentenza* in confronto a quei vincitori contro i quali non reclama. Anche in questo caso il temuto pericolo è tolto in virtù dell'acquiescenza; e resta libera, secondo i dettami della logica giudiziaria, la difesa della lite in confronto di uno solo degli avversari, nel grado superiore di giudizio, come lo permette la naturale scindibilità della condanna. E l'articolo 469 fa cessare invero l'obbligo d'integrare il giudizio, di fronte alla parziale acquiescenza effettivamente prestata. Esso però la vuole *esplicita,* affinchè non vi sia cagione di equivoci presenti o futuri.

566. Le regole sin qui dette si applicano anche al caso di condanna pronunziata a favore di più *concreditori in solido.* Tizio e Caio con vincolo di solidarietà fra loro hanno ottenuto che Mevio sia condannato a pagare *cento.* Ne deriva che ciascheduno può pretendere l'*intera prestazione* (art. 1184 codice civile). Ma non ne deriva che al condannato sia tolto di sostenere che la sua obbligazione, vera e sussistente a favore di Tizio, non ha ragione d'essere a favore di Caio. Quindi, se egli ha lasciata passare in giudicato la sentenza nei propri rapporti col primo e l'ha impugnata in confronto

del secondo, non gli si può negare il diritto e l'interesse di sostenere il reclamo. Se al momento in cui la impugna contro Caio non è peranco passata in giudicato in favore di Tizio, dovrà bensì essere ordinata l'integrazione; tuttavia egli potrà evitare di eseguirla, dichiarando che accetta la sentenza nei riguardi del secondo vincitore. La solidarietà fra i vincitori non è d'ostacolo alla *divisione della controversia*. Questo è il vero motivo per cui l'articolo 469 non eccettua dalle regole sin qui esposte altro caso che quello della *indivisibilità* di cui ora parleremo.

567. Controversia indivisibile. — Tizio e Caio, comproprietari d'un fondo, hanno ottenuto che sia dichiarata insussistente una servitù pretesa da Mevio sul loro fondo. La servitù non può *esistere* nei rapporti di Mevio con Tizio se al tempo stesso *non esiste* in quelli con Caio. Laonde il reclamo proposto dal soccombente contro uno dei vincitori non può nemmanco essere esaminato, se non lo si estenda anche in confronto dell'altro. Necessita dunque l'integrazione del giudizio. Ma che si dirà, se questa integrazione è resa impossibile dal fatto che Caio fece notificare la sentenza, e ne ottenne il passaggio in giudicato, prima che Mevio reclamasse contro Tizio? — Che si dirà, se Mevio a favore di Caio ha prestata acquiescenza? — Nell'uno come nell'altro dei casi, il passaggio in giudicato o l'effetto della acquiescenza valgono a profitto di entrambi i vincitori; ed il reclamo dovrà essere respinto come inammessibile. È questa la sola risoluzione che pone in armonia il carattere peculiare delle controversie indivisibili colle difficoltà della situazione processuale. Il principio della personalità d'effetti del reclamo non può essere qui invocato, dal momento che il soccombente, col fare acquiescenza o col non reclamare in confronto di uno dei vincitori, si è preclusa la possibilità di proseguire contro l'altro la controversia.

568. Ma quali saranno le conseguenze della non eseguita integrazione, malgrado l'ordine dato dal giudice di effettuarla?

Nel caso di controversia divisibile, perchè possa discutersi di tali conseguenze è mestieri che non solo sia stata omessa l'integrazione, ma che neppure sia stata dichiarata

l'acquiescenza in confronto dei vincitori non chiamati. Ciò verificandosi, il giudice non può *supporre l'acquiescenza*, essendo formale il testo dell'art. 469, capoverso primo, nel volerla *esplicita;* ma egli dovrà *respingere nel merito il reclamo.* E ciò per la considerazione che l'art. 469, nel primo alinea, dichiara che, essendovi più interessati ad opporsi al reclamo, la domanda di riforma o di annullamento *si deve proporre contro tutti;* il che equivale a dire che *non si può proporre contro alcuni solamente;* ossia, che nel caso di codesta irregolare proposta, non seguìta da integrazione, *deve essere respinta come improponibile.*

Se si tratta di controversia indivisibile, riuscirebbe frustraneo al soccombente, per evitare l'integrazione, di prestare acquiescenza rispetto agli altri vincitori; egli vedrebbe respinto in virtù di questa il reclamo, nella medesima guisa per cui lo vedrebbe respinto quando non adempisse l'ordine di eseguire l'integrazione, essendo nell'un caso come nell'altro divenuto per sua colpa improponibile, giusta il primo alinea dell'art. 469 (1).

569. Veniamo a considerare l'altra ipotesi, quella di *pluralità di soccombenti.*

Anche in questa il principio della personalità d'effetti del reclamo, in via di massima, debb'essere accolto, per ragioni analoghe a quelle indicate nel n. 563. Qui pure necessita però distinguere i modi di sua applicazione secondo le varie specie di controversie, quelle cioè in cui i soccombenti abbiano sĕmplice *comunanza d'interessi*, oppure quelle in cui sieno congiunti da vincolo di *solidarietà o d'indivisibilità*, od abbiano interessi *essenzialmente dipendenti.*

Comunanza d'interesse fra più soccombenti. — Più persone possono soccombere nella stessa causa, senza comunanza d'interesse; il che riesce facile a comprendere quando si rifletta che persino l'attore e il convenuto possono trovarsi

(1) Non isfugga l'osservazione finale ed importantissima che le regole dettate per l'integrazione temperano il principio della personalità di effetti del reclamo senza però derogare ad esso. Qualora ne costituissero una derogazione, il reclamo dovrebbe valere sempre contro tutti gli interessati ad opporvisi, e non già essere soggetto alle conseguenze qui sopra indicate nel caso di non effettuata integrazione.

in istato di reciproca parziale soccombenza. Affinchè vi sia *comune interesse* occorre adunque che le soccombenze siano fondate su uguali o consimili ragioni, per modo che la medesima difesa dalla quale trae appoggio il reclamo di uno dei perdenti possa servire all'altro. Così sarebbe del caso di due coeredi condannati a pagare *pro quota* un debito della successione. A rigore di logica nulla impedisce che uno dei coeredi paghi la sua quota e l'altro impugni la sentenza; entrambi agiscono secondo il loro diritto. Ed è anche manifesto che non potrebbe venir giustificato facilmente un precetto di legge che li obbligasse a reclamare congiuntamente, sotto comminatoria di decadenza dal rispettivo individuale diritto di difesa. Pur tuttavia non si può negare che sia desiderabile di mantenere l'unità del giudizio anche negli stadî di impugnazione delle sentenze. Per ottenere possibilmente siffatta unità, fu introdotto l'istituto della *adesione* il quale in ciò si differenzia dalla *integrazione*, che non riveste il carattere obbligatorio a questa inerente e non lo accompagna alcuna delle sanzioni già esaminate.

L'art. 470 dispone semplicemente che la domanda di riforma o di annullamento, proposta da una delle parti interessate ad impugnare la sentenza, giova anche alle altre per i capi nei quali hanno comune l'interesse, purchè intervengano nel giudizio e facciano adesione, nei modi e termini partitamente stabiliti rispetto ad ogni singola specie di reclamo.

570. Condizioni imprescindibili per giovarsi dell'*adesione* sono pertanto queste due: comunanza d'interesse (della quale abbiamo parlato nel numero precedente), che può essere anche parziale; intervento nel giudizio in un termine assegnato dalla legge.

Chi non aderisce al reclamo del suo socio in soccombenza perde il diritto di reclamare? La legge non lo dichiara e la logica non permette di sostenere una simile tesi. La utilità generica dell'istituto consiste adunque segnatamente nell'alleanza tra le forze dei soccombenti, che può compiersi sotto la sua protezione. Ma un altro vantaggio, senza dubbio maggiore, è quello costituito dalla proroga di termine che, in alcune eventualità, si consegue a favore degli aderenti.

Può infatti verificarsi: 1° che allorquando uno dei soccombenti impugna la sentenza essa sia già passata in giudicato per gli altri; 2° che in quel momento sia ancora in vita il termine utile per loro a reclamare, ma non ne approfittino in tempo; 3° che il termine non sia per essi neppure cominciato a decorrere. Nella prima ipotesi, dell'adesione non è a far parola. Se già per loro è passata in giudicato la sentenza ne devono subire le conseguenze, giusta il principio generale della personalità d'effetti del reclamo. Nella seconda ipotesi, invece, si verifica per gli aderenti l'accennato vantaggio della proroga, ossia a dire, il termine pel loro reclamo non finisce più al compiersi del periodo iniziato colla notificazione della sentenza, ma si avvantaggia di quel maggior tempo che la legge accorda per l'adesione. Ed in questo caso pertanto il loro reclamo si reputa virtualmente proposto fino dall'istante in cui lo istituì il più diligente consorte in soccombenza. Quanto alla terza ipotesi, essa lascia liberi affatto di valersi dell'adesione o di riservare l'esercizio autonomo del proprio diritto d'impugnare la sentenza, non porgendo nell'adesione altro vantaggio se non quello del collegamento di forze dei cointeressati.

La sintesi del concetto di questo istituto sta pertanto nelle prime parole dell'art. 470: *La domanda di riforma o di annullamento, proposta da una delle parti, giova alle altre che hanno interesse comune.* È la *domanda* che *giova,* sempre che gli altri soccombenti *la facciano propria* mercè l'adesione. Il che rimane assolutamente facoltativo. E siccome ciascuna adesione, è in sostanza, *una domanda individuale di riforma o di annullamento,* così possiamo dire che il principio della personalità non riceve da questo istituto neppure l'apparenza della derogazione.

571. Solidarietà, indivisibilità, essenziale dipendenza di interesse fra i soccombenti. — Il mezzo dell'adesione, appunto perchè rispetta strettamente il principio della personalità, non basta da solo. Conveniva aggiungervi un *vero temperamento,* per quei casi nei quali l'indole della controversia opponesi alla rigidità del detto principio, che sono appunto i tre ora designati, ciascuno dei quali richiede una breve analisi.

Solidarietà. — Se la solidarietà fra i vincitori non è di ostacolo alla divisione della controversia (n. 566), lo è invece quella fra i soccombenti, sieno essi creditori o debitori. E ciò per la regola di diritto civile universalmente ammessa, che il vincolo solidale dà origine ad un reciproco mandato tacito e permanente *in utilibus*, vale a dire in tutto ciò che uno dei creditori o debitori in solido opera a tutela del diritto comune o per la liberazione dal vincolo comune. Il quale principio riceve eccezione soltanto nel caso in cui il concreditore o condebitore solidario si avvalga di ragioni a lui esclusivamente personali (v. art. 1193 codice civile). Nel dettare le regole della procedura, non potevasi negare rispetto a queste massime di diritto statuente. Pertanto, nel caso di solidarietà fra soccombenti era pur indispensabile riconoscere *proposto nell'interesse di tutti* il reclamo di un solo, quando abbia ottenuto *effetto utile*, nè poteva bastare, a tutela della speciale condizione qui emergente, la *facoltà* lasciata ai consorti in lite di prestare adesione.

Indivisibilità. — Ugualmente dicasi rispetto al caso di indivisibilità. Sia che questa derivi dalla *natura* del vincolo giuridico (fra i creditori o i debitori) o dal *modo convenzionale* in cui fu considerato (art. 1202 cod. civ.), discende sempre da essa come costante risultato che l'obbligazione non può sussistere a carico di un debitore se non sussiste a carico di tutti, od a favore di un creditore se non è a favore di tutti. Dal che consegue ancora che i soccombenti in una controversia su cosa indivisibile, attori o convenuti, si trovano, per necessità di cose e non per finzione di legge, rappresentati da quello di loro che mediante il reclamo riesca ad ottenere la più favorevole risoluzione del litigio, sia poi che intervengano ed aderiscano, sia che si astengano dall'adesione. Qui del pari una sola eccezione può essere ammessa, ed è riferibile al caso in cui il reclamante agisca in virtù di motivi *a lui esclusivamente personali;* eccezione che si può verificare in tema d'indivisibilità contrattuale soltanto, ma che pur deve essere tenuta in considerazione.

Dipendenza essenziale d'interesse. — Questa configurazione giuridica si ha nei casi in cui fra l'interesse di chi reclama e quello del consorte in soccombenza che non ha reclamato

siavi tal vincolo per cui la sorte definitiva della controversia rispetto al primo determini e trascini inevitabilmente quella concernente il secondo, quando il reclamo ottenga buon risultato. Così se il debitore principale appella dalla sentenza che condannò lui e il fideiussore ed ottiene che sia riconosciuta l'insussistenza dell'obbligazione, sarà egli concepibile che il fideiussore rimanga tenuto ad adempiere la condanna, se non reclamò o non aderì in tempo utile? Evidentemente no. E lo stesso è a dire del rapporto fra il garantito ed il garante, fra il cessionario ed il cedente. In questi casi, come nei due precedentemente esaminati, la *facoltà* di aderire al reclamo non presentavasi sufficiente al particolare bisogno delle circostanze.

572. Riflettendo alle tre ipotesi sin qui analizzate, appare perspicuo come la vittoria del reclamante gioverà necessariamente agli altri, sia pel tacito mandato *in utilibus* inerente alla solidarietà, sia per la inscindibilità della controversia in materia indivisibile, sia per l'effetto della essenziale dipendenza d'interesse. Si può ben dire che il reclamante *non ha rappresentato nel giudizio solamente se stesso*, ma agì anche per coloro che avevano con lui uno dei vincoli menzionati: cosicchè essi pure erano in causa, *e non avevano quindi bisogno di far adesione per giovarsi della domanda di riforma o di annullamento.* Onde la riforma o l'annullamento ottenuti dal reclamante profittano immediatamente *anche ai non reclamanti e non aderenti*, salvo le eccezioni notate nel numero precedente, rispetto ai casi di solidarietà od indivisibilità, quando il reclamo si fondi su motivi esclusivamente personali.

Questa compartecipazione alla vittoria del consorte reclamante, in ciascheduna delle tre situazioni analizzate, trovasi per l'appunto sancita dall'articolo 471. Il quale tempera per tal guisa, nel modo più efficace, le difficoltà che emergerebbero dalla nuda applicazione dell'effetto personale del reclamo, senza però che obliteri o disconosca il principio scientifico concernente questo effetto. Giacchè invero se la disposizione dell'art. 471 trae ragione dal concetto che i non reclamanti si trovarono *rappresentati* dal reclamante, bisogna convenire che essa esclude con ciò ed apertamente

contraddice il principio erroneo della *realità* di effetti del reclamo (1).

573. Dalle disposizioni dell'art. 471 possiamo trarre la dimostrazione della esattezza della regola esposta nel n. 77, relativamente al caso di notificazione d'un medesimo atto a più persone, sotto date diverse. Diffatti la sentenza non passa in giudicato rispetto ai soccombenti in solido, o vincolati da indivisibilità di diritto o di obbligazione, od aventi dipendenza essenziale d'interesse, ai quali sia stata notificata in epoche diverse, se non quando è compiuto il termine dall'ultima notificazione, potendo sempre l'ultimo notificato proporre reclamo ed ottenerne un effetto favorevole che si comunicherà *ipso jure* ai suoi consorti in soccombenza, sotto le condizioni che sono state indicate di sopra.

CAPO II.

Opposizione del contumace.

574. Nel titolo settimo di questo libro, ragionando della contumacia, furono dati alcuni cenni sulla genesi storica del rimedio speciale della opposizione alla sentenza contumaciale; furono menzionati i casi in cui la nostra legge lo ammette e segnalate le critiche che ad esso possono farsi, in relazione allo stato presente delle dottrine e degli istituti processuali. Riportandoci a quanto già fu detto, cominciamo qui col riferire testualmente la disposizione dell'art. 474, esponendo appresso le norme del rito per tale mezzo d'impugnazione: « Il convenuto non citato in persona propria può fare opposizione alle sentenze pronunziate in sua contumacia. L'opposizione non è ammessa se la citazione sia stata rinnovata a norma dell'art. 382 ».

---

(1) La dottrina della realità degli effetti dei mezzi di reclamo proposto contro le sentenze fu, con grande vivacità di polemica e con molta acutezza di ragionamenti, difesa dal PESCATORE (*Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. II, cap. XXXI), cui aderirono completamente il MATTIROLO ed altri. Il Pescatore fece aspra censura e perfino accusa di contraddizione al legislatore, pel sistema compendiato negli articoli 469, 470 e 471, che noi abbiamo qui cercato di difendere e spiegare.

Il linguaggio del legislatore non permette dubbi su di un punto, che, cioè, soltanto a favore del *convenuto* è concesso il rimedio in esame. Non dobbiamo dimenticare che la sua ragione sta nel presupposto che il contumace non abbia avuto notizia della lite iniziata. Il che sarebbe assurdo pensare nei riguardi dell'attore, al quale, se contumace, dev'essere permesso l'appello, ma non anche l'opposizione.

Non rimane neppure incerto, di fronte al testo citato, che ogni specie di sentenza, interlocutoria, incidentale, provvisionale, o definitiva sia suscettibile di opposizione, purchè pronunziata in contumacia del convenuto, e con il concorso delle condizioni indicate.

Ma se il convenuto si è valso della facoltà di controcitare l'attore a termine abbreviato, egli attesta luminosamente, con ciò, di avere avuto perfetta notizia della citazione intimatagli, anche se non gli sia stata notificata in persona propria. Ecco perchè l'art. 2 delle disposizioni sul procedimento sommario, emanate col r. d. 31 agosto 1901, in correlazione al capoverso dell'art. 1 della legge 31 marzo 1901, stabilisce che nel predetto caso il convenuto perde la facoltà di impugnare con l'opposizione la sentenza proferita in di lui contumacia.

Sebbene le disposizioni del codice siano redatte principalmente in contemplazione dell'ipotesi che l'opposizione del contumace si diriga contro una sentenza di *primo grado,* possono di questa guisa essere impugnate anche le sentenze contumaciali *d'appello*, come attestano chiaramente le disposizioni degli articoli 477, 478, 495 e 517. Lo stesso dicasi delle sentenze proferite in sede di opposizione di terzo od anche di rivocazione. E tutto ciò sempre alla condizione che al convenuto, rimasto contumace, non fosse stata notificata *in persona propria* la citazione. Conviene avvertire che *il convenuto del giudizio d'appello* non è il convenuto originario di prima istanza, ma quegli che, avendo vinta la lite, *è citato* dal soccombente; che il convenuto del giudizio di rivocazione o di quello di opposizione del terzo è similmente colui contro il quale viene chiesta con uno di tali mezzi la riparazione della sentenza. In quanto al giudizio di cassazione esso non ammette nè

dichiarazione di contumacia, nè opposizione alla sentenza, non facendosi luogo nel medesimo ad alcun atto di nuova istruzione. Nei giudizi esecutivi è escluso il rimedio della opposizione contumaciale dal disposto dell'articolo 574, ispirato principalmente dal proposito di semplificare ed abbreviare il rito in quello stadio di svolgimento dell'azione. Tale esclusione deve intendersi per qualunque sentenza proferita in sede di esecuzione forzata, anche se abbia deciso *questioni di merito* (v. n. 833).

575. Tanto il rimedio di cui al presente ci occupiamo, come la appellazione, la rivocazione e la opposizione del terzo, si propongono, *mediante citazione della parte,* notificata ad essa nella residenza, nel domicilio o nella dimora, come innanzi vedremo. La necessità ed insieme la ragionevolezza della citazione della parte non sono discutibili rispetto alla opposizione del terzo ed alla rivocazione, che possono promuoversi molto tempo dopo chiuso il primo periodo del contraddittorio e che hanno veramente natura di *mezzi straordinari.* Ma per l'opposizione del contumace e per l'appello, che sono fasi normali della discussione, sarebbe stato più conveniente prescrivere la semplice citazione del procuratore, poichè in sostanza col valersi di codesti rimedi altro non si fa se non *proseguire* la trattazione della lite. E di certo si sarebbero per tal guisa risparmiate alla pratica infinite e penose controversie, in cui il rigore della legge serve, spesso, di comodo manto alla tergiversazione e al cavillo.

Il ricorso per cassazione, sebbene non contenga citazione, si notifica esso pure *personalmente alla parte*, nella forma della citazione. E poichè anche questo reclamo è un atto di ordinario svolgimento del giudizio, ameremmo vederlo emancipato dalla soverchia rigidità di un precetto il quale non ha ragioni giustificative, a nostro credere, sufficienti (1).

(1) La giurisprudenza è divisa a proposito della notificazione del ricorso per cassazione, disputandosi se sia valida, o non, quella eseguita nel domicilio dichiarato o eletto dalla parte per il giudizio di merito. Preferiremmo la decisione affermativa, più liberale; ma la legalità assoluta di essa è discutibile. Meglio sarebbe che la legge esplicitamente autorizzasse la notificazione al procuratore costituito nel giudizio di appello, essendo vano scrupolo il dubitare che la parte possa rimanerne ignara.

576. La misura e il sistema di decorrenza del termine concesso al contumace per formare l'opposizione, ricevono spiegazione dal motivo stesso che sta a fondamento di questo rimedio. Si suppone che il contumace *non sapesse* di essere stato citato e che lo sia venuto a conoscere solo nel momento in cui gli fu notificata la sentenza. Quel momento riesce dunque, per lui, equiparabile al punto in cui altri riceva una citazione per comparire. È nè più nè meno la facoltà di comparire in ritardo quella che la legge gli consente. Ecco perchè l'art. 476 assegna, per fare opposizione, *un termine eguale a quello per comparire.* La notificazione della sentenza rinnova gli effetti della citazione; quindi per determinare, secondo i casi, quale sia, a norma degli art. 147 e segg., il periodo utile per reclamare, si considera il rapporto di distanza fra il luogo in cui la notificazione viene eseguita e quello in cui risiede l'autorità giudiziaria competente per l'opposizione, ossia quella che pronunziò la sentenza contumaciale.

577. Ma, in omaggio alla logica, il legislatore dovette pur considerare, che, se pel fatto della non eseguita notificazione *della citazione* in persona propria, si presume che il convenuto ne abbia ignorata l'esistenza, non si potrebbe poi ritenere superiore ad ogni dubbio la presunzione che la sentenza giunga a sua notizia e possa produrre effetto analogo a quello d'una citazione, qualora non sia notificata a sua volta mediante consegna *in persona propria.* Il che è altrettanto possibile per la sentenza che per la citazione; giacchè le cautele speciali dettate nell'art. 385 (v. n. 467) tendono a garantire la notificazione *personale,* non già la notificazione *in persona propria.* Data l'ipotesi precisa *della notificazione della sentenza in persona propria* il ragionamento esposto dianzi circa la assegnazione del termine corre a fil di logica; ma se invece la sentenza sia notificata mediante consegna ad un famigliare, od al portinaio, od al vicino, o in altra delle forme permesse, non si vede perchè debba meglio con questo atto essere in grado il contumace di conoscere la promossa lite e il modo in cui venne decisa, di quel che avesse potuto esserlo avanti. Insomma, il punto razionale di decorrenza del termine per

l'opposizione è quello in cui, con sufficiente garanzia di certezza, è lecito stabilire che il contumace acquistò notizia del giudizio. Onde la legge, considerando l'ipotesi che la sentenza *non sia stata notificata in persona propria*, dilaziona l'incominciamento del termine stesso ad un istante posteriore: al momento, cioè, in cui l'attore compia tale atto che non possa più oltre presumersi ignorato dal convenuto. Ed è l'istante in cui si intraprende la esecuzione forzata sul patrimonio del condannato (art. 477). L'usciere entra nella casa del debitore per eseguire processo verbale di pignoramento dei suoi mobili, in forza della sentenza; il debitore vi è presente; ormai non sarebbe possibile dubitare che non venga a conoscere la pronunzia del magistrato, qualunque sia stata la forma di notificazione della sentenza. Gli è pertanto data facoltà, a partire da codesto momento, di promuovere l'opposizione. Egli deve immediatamente dichiararla all'usciere, il quale ne farà cenno nel processo verbale e sospenderà il pignoramento iniziato, a meno che la sentenza sia provvisoriamente esecutiva non ostante opposizione (articolo cit., capov. primo e terzo) (1); ma simile dichiarazione non toglie l'obbligo all'opponente di intraprendere il giudizio mediante atto di citazione; la legge gli assegna all'uopo un termine *fisso* di dieci giorni se la sentenza contumaciale sia stata pronunziata da un tribunale o da una corte d'appello, di cinque se da un pretore o da un conciliatore. Se non viene dichiarata l'opposizione all'usciere, ovvero se nel successivo termine prescritto non viene eseguita la citazione, il contumace decade *ipso jure* dal benefizio dell'opposizione.

Il contumace potrebbe non trovarsi presente quando l'usciere eseguisce il pignoramento de' suoi mobili. In questo caso, fermi i termini successivi preaccennati, egli è esonerato dall'obbligo della dichiarazione all'usciere (art. cit., capov. 2°).

(1) Come fu detto altrove (n. 532), a mente dell'art. 475 del codice l'esecuzione delle sentenze (quando non sia autorizzata in via provvisoria) rimane sospesa durante il termine per la opposizione. Questa disposizione riguarda solo il termine normale fissato nell'art. 476, non il termine prorogato di cui nell'art. 477. È evidente che questa distinzione si imponeva come una necessità logica, a meno di colpire di ineseguibilità perpetua le sentenze contumaciali non notificate in persona propria.

Le stesse regole valgono pel caso che il processo verbale di esecuzione forzata abbia per oggetto la consegna di mobili o il rilascio d'immobili. Non senza giustizia il legislatore ha creduto di dovere arrestare e contenere dentro questi limiti la tutela del contumace. Ben difficile e raro può considerarsi l'accidente che un individuo, a carico del quale si intraprendono atti pubblici e gravi di esecuzione forzata, rimanga per più giorni successivi nella completa ignoranza di essi, e che in eguale ignoranza rimanga ogni altra persona che per lui avrebbe veste di agire a difesa dei suoi interessi. Se pure un concorso straordinario di circostanze rendesse qualche volta vero ciò che appare inverosimile, non è a siffatte eccezionalissime contingenze che deve estendersi la provvidenza del legislatore, non potendosi paralizzare e impedire l'esercizio delle azioni legittime dei creditori.

Vi sono atti di esecuzione che non si eseguiscono mediante processo verbale ma per via di semplice notificazione; tali il pignoramento di mobili o di somme presso terzi e il precetto immobiliare. Le notificazioni di codesti atti potranno pur avvenire *in persona propria* del debitore ovvero mentre egli è assente dal luogo dove si eseguiscono. Non essendo però compatibile colla forma dell'atto l'accoglimento per parte dell'usciere di una protesta od opposizione dell'intimato, è da ritenere che, in simili casi, anco se la notificazione si faccia *in presenza*, cioè in persona propria, del debitore, basti per la validità della opposizione che egli la promuova con atto di citazione, nei dieci o nei cinque giorni successivi (1).

(1) La soluzione che qui si adotta per il caso di esecuzione immobiliare, conforme alle decisioni della giurisprudenza, non è rigorosamente all'unisono con la legge; poichè essa, nel caso della esecuzione mobiliare, fa decorrere il termine dal pignoramento, cioè da un atto posteriore al precetto; ma per ragioni di opportunità, che si impongono all'interprete nel silenzio della legge, e in analogia a disposizioni date per altri casi (vedi n. 717), la notificazione del precetto immobiliare sembra essere giustamente il momento estremo da cui decorre la proponibilità della opposizione contumaciale, nella ipotesi che si esamina. Vero è che, a più stretto rigore di logica, dovrebbe essere segnato come momento più preciso la trascrizione del precetto; ma poichè la pubblicità che consegue dalla trascrizione opera rispetto ai terzi, e il precetto produce alcuni effetti importanti a carico del debitore fino dalla notificazione, così è di questa data che conviene tener conto, anche perchè nei rapporti fra creditore e debitore è più prontamente accertata.

Non è da tacere un grave inconveniente che deriva da queste disposizioni. La sentenza può essere stata notificata da più mesi, o da più anni; il termine per appellare può essere trascorso da lungo ed anche da lunghissimo tempo; malgrado ciò, se la sentenza non fu notificata in persona propria, l'autorità del giudicato rimane sospesa per un periodo di tempo indefinito e incomportabile. S'egli è vero che l'inconveniente può essere prevenuto colla rinnovazione della citazione, non è meno vero che meglio sarebbe rimuoverlo addirittura sopprimendo il rimedio dell'opposizione.

578. L'atto di citazione con cui è proposta l'opposizione ne esprime i motivi; se però la causa ammette citazione per biglietto, i *motivi* non occorrono, bastando indicare la sentenza impugnata. I *motivi* di fatto e di diritto saranno sufficientemente designati in forma compendiosa; non si tratta che di obbedire al precetto del n. 2 dell'art. 134, per cui valgono qui le osservazioni fatte al n. 206. Non è certo vietato aggiungere in corso del giudizio altri motivi a quelli espressi nella citazione; le prove scritte od orali, che convengano a sussidio dei motivi, sono proposte con la stessa citazione o in corso di causa.

La citazione si notifica alla residenza, al domicilio, od alla dimora dell'attore; ma si può anche notificarla alla residenza da questi dichiarata negli atti della causa contumaciale, o nel domicilio similmente dichiarato od eletto. Nelle cause davanti i tribunali, in materia civile, e in quelle davanti le corti d'appello, può anche essere notificata alla parte nella residenza od uffizio del procuratore da esso costituito (art. 478).

579. L'esame della opposizione per parte del magistrato deve aggirarsi preliminarmente sulla *proponibilità* del reclamo e indi sul *merito* della difesa che il convenuto presenta. Il primo esame vale a stabilire se concorrano realmente le condizioni per le quali l'opposizione è permessa, cioè: mancanza di citazione in persona propria e di rinnovazione — e, quando ne sia il caso, mancanza di notificazione della sentenza in persona propria. Serve inoltre ad accertare l'osservanza dei termini e delle formalità prescritte. Avvertasi che se la sentenza non fosse stata notificata nel modo

indicato dal secondo capoverso dell'art. 385 (e quindi la notificazione ne fosse nulla, giusta la sanzione del testo medesimo; v. n. 467), il termine ordinario e perentorio per l'opposizione decorrerebbe dal primo atto di esecuzione, anche nel caso in cui apparisse notificata in persona propria, per la ragione che un atto nullo non può produrre effetti. La stessa norma è da applicare ad ogni altro caso di nullità della notificazione della sentenza. Su di che a schiarimento aggiungiamo, che se un atto di esecuzione in base a sentenza notificata inefficacemente, è da considerare nullo a sua volta, per gli effetti esecutivi, nondimeno, poichè la legge attribuisce alla notizia di tale atto la virtù di dare movimento al termine perentorio per la opposizione, la nullità predetta non vale per nostro avviso ad impedire tale effetto.

Se, per una od altra ragione, il giudice riconosca improponibile la opposizione, essa è respinta senza esame del merito. Se è ritenuta proponibile, il giudice prenderà in considerazione le ragioni e le prove che l'opponente adduce contro la sentenza di condanna; qualora gli appariscano in tutto od in parte fondate, rivocherà integralmente o parzialmente la anteriore pronunzia, surrogandovi quella che sarà di ragione. O, nel contrario caso, la confermerà, dando ogni altro provvedimento che le nuove circostanze della lite richiedano (1).

La sentenza proferita sulla opposizione, qualunque ne sia il tenore, è sempre *appellabile* se lo era quella contumaciale (od in altre parole, se la sentenza opposta non è emanata in grado d'appello od inappellabile). Il diritto di appellare spetta a chi soccombe, sia l'opponente che veda respinto il reclamo, o sia l'originario attore che lo vegga accolto.

580. Una giusta per quanto grave comminatoria contiene l'articolo 480. Se l'opponente si rende contumace nel

(1) Il contumace colla sua opposizione può muovere ogni sorta di eccezioni, compresa quella di compensazione; può proporre domande riconvenzionali o per chiamata in garantia, ecc. E siccome l'opposizione instaura *il contraddittorio* come se non fosse avvenuto il precedente giudizio contumaciale (salvo l'effetto delle prove in quello raccolte), così non può disconoscersi all'originario attore (convenuto in opposizione) la facoltà di modificare od ampliare le sue domande, senza alterare l'oggetto delle medesime, dar nuove prove, variare la *causa petendi*, ecc.

giudizio d'opposizione, egli decade dal reclamo e l'avversario ha diritto di farlo rigettare senza esame. Siccome poi l'opponente è *attore* nel nuovo giudizio, egli non potrebbe fruire contro la sentenza di rigetto del benefizio dell'opposizione. Gli è tuttavia concesso di appellarne, e questa sembra già una larghezza soverchia.

581. Se più sono stati i convenuti, e si verifichi per alcuni di essi il diritto di far adesione, a sensi dell'art. 470, all'opposizione promossa da taluno fra loro, devono aderire nella prima udienza, mediante comparsa, a forma di intervento, sotto pena di decadenza. Nelle cause davanti i pretori ed i conciliatori, ancora nella prima udienza, si presta l'adesione verbalmente o per iscritto. Dinanzi ai tribunali e alle corti d'appello, se nel giudizio sulla opposizione fosse ordinato il proseguimento col rito formale, l'adesione, giusta l'articolo 479, potrebbe essere proposta ancora mediante comparsa notificata nel termine della prima risposta, cioè nel termine di quindici giorni successivo a quello stabilito nell'art. 2, ultimo capoverso, della legge 31 marzo 1901.

L'opposizione a una sentenza contumaciale è sempre proposta con citazione a udienza fissa, anche se la causa fosse stata precedentemente istruita secondo il rito formale (art. 11 delle disposizioni sul proc. sommario, approvate con r. d. 31 agosto 1901).

CAPO III.

Appellazione.

582. Fu già accennata (n. 527) la nozione di questo mezzo di reclamo, che è, senza dubbio, il più importante di tutti e di uso più universale, senza che ciò lo sottragga, secondo il nostro modo di vedere, a gravissime discussioni fondamentali.

L'appellazione originariamente fu data allo scopo di tutelare il soccombente contro l'ingiustizia o l'ignoranza del giudice inferiore (L. 1, pr., Dig., 49, 1). Ma non essendovi motivo per ritenere più sicura la giustizia del secondo giudice che quella del primo, o la di lui sapienza maggiore, e,

nell'antico diritto, essendo la creazione dei gradi giudiziari un semplice beneplacito del sovrano, giudice supremo ed assoluto, un appello ne generò un altro e questo un terzo e così via; sicchè a Giustiniano parve di fare (e fece veramente) opera provvidenziale limitando a tre il numero degli appelli successivi permessi contro una sentenza (L. un. Cod., 7, 70). Degenerata nel medio evo la giustizia in un vergognoso mercimonio, così nel fôro civile come nell'ecclesiastico, diventò industria di avidi speculatori la moltiplicazione senza fine degli appelli. La limitazione giustinianea fu dai meno esorbitanti interpretata nel senso che fosse permesso di appellare sino a quando *tre decisioni conformi* si trovassero conseguite dall'uno o dall'altro dei litiganti; il che equivaleva ad ammettere, nelle migliori ipotesi, cinque appellazioni successive.

L'età moderna ha fatto completo divorzio da simili errori. Alcune legislazioni per altro continuarono a considerare l'appello soltanto come un rimedio contro l'ingiustizia (casuale o voluta) del primo giudice. Cosicchè obbligarono il soccombente a sottoporre al giudizio d'appello la lite che fu decisa in primo grado, senza alcuna aggiunta od alterazione, nemmeno in linea di prove. Ma una obbiezione formidabile sta contro questo sistema, ormai generalmente abbandonato: se il legislatore confida soltanto nella giustizia del giudice d'appello, perchè non gli assegna addirittura la cognizione delle liti in unico grado, con vantaggio grandissimo delle parti e della stessa moralità pubblica? Per non incorrere nel rimprovero che da questa obbiezione scaturisce, converrebbe dare un valore presso a poco equivalente all'autorità delle due sentenze di primo e di secondo grado. E pertanto, dinanzi alla disformità loro, rimanendo incerto da qual parte stia la giustizia, sarebbe indispensabile far intervenire un voto decisivo, quello del tribunale di terza istanza; per tal modo la certezza della verità, nel sistema qui accennato, fu riposta nel prevalere della maggioranza dei giudizi od in altre parole, nella *doppia conforme* (1).

(1) Il sistema della *doppia conforme*, accolto dall'antico regolamento di procedura austriaco, fu nell'attuale quasi interamente abbandonato, come venne già indicato nel capo precedente (v. n. 531 nota).

583. Il sistema del legislatore francese, seguìto dalla maggior parte dei codici posteriori ed anche dal nostro, è diverso. Non si pone per iscopo principale dell'appello la riparazione delle ingiustizie del primo giudice; non si vuol presumere infatti che egli ne abbia commesse, mentre le guarentigie che presiedono alla scelta del magistrato ed il suo carattere devono fornire ai cittadini un solenne affidamento del sapere e della integrità di lui. Nè, da altro lato, è lecito escludere *a priori* che possa commetterne; il che non si esclude del resto neppure pel giudice d'appello: essendo però da considerare che tanto per l'uno come per l'altro dei magistrati, l'esistenza dei due giudizi serve di freno efficace a distogliere da quelle ingiustizie che potessero derivare da maltalento, nel tempo stesso che è stimolo salutare alla meditazione severa ed allo studio delle controversie, per prevenire appunto quelle altre ingiustizie che potessero derivare da negligenza o da ignoranza.

Il legislatore, nello istituire e regolare il giudizio d'appello, intende farsi eco della coscienza pubblica. Ciò che gli importa è sovrattutto che questa coscienza sia paga del modo e della misura in cui la giustizia viene nello Stato amministrata. Se dopo una prima sentenza di giudice, per quanto giusta ed imparziale, fosse irrevocabile la decisione del litigio, la coscienza pubblica non si sentirebbe tranquilla. Non è già che essa ritenga il giudice d'appello più giusto e più intelligente di quello di prima istanza, ma crede che la giustizia sia meglio garantita se viene lasciata la possibilità di un *doppio esame* della causa. Questo doppio esame, allorchè abbia luogo, mette capo *ad un giudizio unico*, quello del magistrato d'appello, il quale non corregge o censura la sentenza dell'inferiore, sovrapponendole il peso della propria autorità, ma *sostituisce* la decisione sua, frutto di un esame più maturo e completo, a quella appellata, la quale, in sostanza, si ha come non pronunziata, dal momento in cui codesta sostituzione si effettua.

584. Il giudizio d'appello è dunque la *continuazione* vera e propria del contraddittorio di primo grado. Ma, per essere tale in tutta l'estensione del significato, deve ammettere ulteriore istruzione e discussione, ossia novità di prove e

di eccezioni. Non soffrirà per altro l'introduzione di *domande nuove*, ossia di mutamento nell'oggetto dell'azione istituita in primo grado; poichè è *a questa azione* che si vuol concedere la guarentigia del secondo esame per una considerazione di pubblico interesse. Laonde al secondo esame non si può portare una domanda che non ha subìto la prova del primo.

Dall'ammissibilità di nuove prove ed eccezioni deriva per altro la possibilità che la controversia decisa dal secondo giudice non sia più la medesima che fu esaminata in prima istanza. L'attore ha chiesto il pagamento d'un suo credito, il convenuto si è limitato ad opporre la prescrizione, che il primo giudice non ammise, sicchè lo condannò al pagamento. Egli appella, e con eccezione nuova sostiene di essersi liberato dal debito, in virtù di pagamento, dandone prova mercè la presentazione della quietanza. Il giudice d'appello dovrà *riformare* la decisione; ma ciò non dimostra che egli l'abbia riconosciuta viziata d'ingiustizia. Ciò non è da credere che sia in contrasto col principio da cui muove il legislatore. Anzi, dato il concetto complessivo del doppio esame, della continuazione del giudizio, dell'unica decisione, è di esso naturalissima conseguenza che la deliberazione del secondo giudice, pur riconoscendo giusta quella del primo, in relazione agli elementi di cui egli dispose, possa esserne diversa. Ed è al tempo stesso la sanzione più solenne ed aperta del ripudio inflitto dal moderno sistema giudiziario al pernicioso e falso principio di autorità che informava gli antichi gradi gerarchici.

585. Tale, per grandi linee, la teorica dell'appello civile, secondo il codice francese e quelli che l'imitarono. Essa ha avuto un insuperabile espositore nel Pisanelli, da cui l'abbiamo riassunta (1). Quali critiche le siano dovute, quali istituzioni giudiziarie risultino meglio indicate da quel fondo di sana dottrina che vi è in codesta teorica, non è qui luogo di esaminare. Il codice patrio l'ha accolta e vi si è abbastanza fedelmente uniformato. Procederemo ora ad illustrarne le disposizioni.

---

(1) Mancini, Pisanelli e Scialoia, *Commentario*, ecc., vol. iv, n. 39 e seguenti.

586. Oggetto dell'appello sono *tutte le sentenze pronunziate in prima istanza*, salvo che la legge le abbia dichiarate inappellabili. Questa è la regola generale scritta nell'art. 481. Dalla quale in primo luogo si ricava che qualunque sia il nome e la qualità della sentenza, vale a dire interlocutoria, provvisionale, o definitiva, l'appello è sempre ammesso in un medesimo modo, vale a dire, mediante l'interposizione immediata del reclamo contro di essa isolatamente. Il pregio ed i vantaggi pratici di questa regola furono già avvertiti nella esposizione dei principii generali (n. 62).

Che cosa intendasi per *sentenza*, e come si distinguano le sentenze dei giudici singoli e dei collegi dalle altre specie di provvedimenti, è stato pure spiegato nel primo libro (n. 55 e segg.). Ciò che importa tener sempre presente per superare le difficoltà della pratica, è questo: che tutte le volte che il provvedimento dell'autorità giudiziaria di primo grado *è o deve essere una sentenza,* giova ritenerlo appellabile, se non consti di formale divieto esplicitamente scritto in un testo del codice. Accenniamo ai provvedimenti che *sono* o *devono essere* sentenze, perchè se il nome ne sia stato errato, se sia stata emanata per esempio sotto le forme e il nome d'ordinanza una deliberazione che per sua indole doveva essere data con sentenza, il provvedimento, nella sostanza sua, sarà rettamente considerato *come una sentenza* e perciò ritenuto appellabile. La giurisprudenza patria lascia qualcosa a desiderare quanto alla uniforme e costante applicazione dei principii menzionati, quantunque essi siano accolti senza contrasto nella dottrina, nè la giurisprudenza stessa in astratto li abbia mai impugnati. È quindi opportuno che siano fissati con la maggiore chiarezza.

587. La massima proclamata nell'art. 481 ammonisce inoltre che il nostro legislatore non aderì al sistema di limitare l'appellabilità delle sentenze in ragione del valore della causa. La precipua ragione che si adduce per escludere siffatto limite è che ciascuna controversia ha un valore relativo all'importanza che vi annettono i litiganti e che potendo essere molto difficile e complessa anche una causa di poco valore, non si deve negarle nessuna guarentigia di giustizia. Qualunque sia la parvenza di questa difesa,

non si può tacere che il maggior numero delle legislazioni accettò l'indicato limite del valore; e che lo stesso nostro legislatore, col rendere inappellabili le sentenze dei conciliatori, entro certo limite di valore, ha finito col sottomettervisi, sia pure in modestissima proporzione (1). E se noi pensiamo che il detto limite sia in linea scientifica molto plausibile, è per la riflessione appunto che il legislatore organizzando l'istituto dell'appello ha voluto soddisfare i desideri ed i bisogni della coscienza pubblica; la quale, checchè in teoria si dica, reputa meno necessario il doppio esame per le liti che non raggiungono un certo valore. Ben ci guarderemmo per altro dall'offrire a modello il sistema francese, secondo il quale le sentenze dei giudici di pace sono inappellabili sino all'importo di cento lire, ed appellabili da cento a duecento; al di là di questa somma subentra la competenza dei tribunali e le sentenze sono inappellabili sino al valore di millecinquecento lire; per cui l'appello è ammesso in controversie di valore infinitamente minore di altre per cui è escluso, il che si manifesta illogico di primo intuito. La legislazione ginevrina ha un limite unico; le sentenze sino al valore litigioso di duecentocinquanta lire sono inappellabili (art. 34 della legge d'ordinamento giudiziario 15 giugno 1891); questa è misura veramente razionale.

588. Non è ammessa l'appellazione dalle sentenze *che la legge abbia dichiarate inappellabili.* Questa chiara dizione dell'articolo in esame impone di respingere qualunque sottile raziocinio per cui l'interprete si sforzi di dimostrare

---

(1) Il regolamento austriaco, nelle controversie di un valore non superiore a cinquanta fiorini (affari bagatellari), concede l'appello soltanto per alcuni motivi di nullità (§§ 452, 477); e contro le sentenze proferite in appello su tali controversie non concede verun ulteriore rimedio (§ 502). Avvertasi che fra noi, oltre le sentenze dei conciliatori fino al valore di cinquanta lire, sono attualmente inappellabili anche quelle della giuria dei probi viri, nei limiti di sua competenza, cioè fino a duecento lire (v. n. 133); parimente lo sono in Francia quelle dei *Conseils de prud'hommes*, fino al valore capitale di duecento lire. Il codice olandese segue un sistema analogo a quello vigente in Francia. Così pure è analoga la legislazione belga (legge del 25 marzo 1876 sulla competenza), in cui è notevole la circostanza che fu elevato a duemilacinquecento lire il valore dentro il quale sono inappellabili le sentenze dei tribunali.

non ammessibile l'appello contro sentenze rispetto alle quali non trovasi nel codice un esplicito divieto di questo rimedio. La pratica ha molte volte necessità di occuparsi di discussioni rinascenti su tale proposito; e sembra strano, ma pur è vero, che dinanzi alla limpida semplicità del principio scritto nella legge proseguano anche fra i magistrati dubbi ed oscillazioni. Le sentenze delle quali la legge dichiara tassativamente la inappellabilità sono:

1° quelle dei *conciliatori*, nelle controversie di valore non superiore a cinquanta lire, salva l'applicazione dell'art. 459 (v. n. 518);

2° quelle della *giurìa dei probi viri*, salva l'impugnazione per incompetenza ed eccesso di potere (v. n. 133);

3° quelle degli *arbitri*, nei quattro casi specificati dall'art. 28, che esamineremo altrove (v. n. 1072 e segg.);

4° quelle dei tribunali civili, nei casi di *ricusazione* di un pretore, d'un conciliatore o di un arbitro investito di competenza analoga a quella di codesti magistrati (articoli 128 e 34); anche questa è materia che trattiamo più oltre (v. n. 877);

5° l'ordine *di restituzione di documenti* fatto mediante sentenza al procuratore moroso, nelle cause formali e secondo le disposizioni degli articoli 170 e 171;

6° le sentenze che ammettono *ricusazioni di periti*, giusta l'articolo 257;

7° quelle proferite nei giudizi d'*esecuzione mobiliare* (art. 655), quando: *a)* stabiliscono *soltanto* il giorno in cui deve farsi la vendita; *b)* provvedono sopra domanda *di surrogazione* nel procedimento per negligenza del creditore che l'ha intrapreso; *c)* rigettano eccezioni di nullità non riguardanti il titolo in forza del quale si procede; *d)* rigettano opposizioni non proposte in termine utile;

8° quelle pronunziate nei giudizi d'*esecuzione immobiliare* (articolo 702), quando: *a)* nominano un perito per la stima dei beni da vendere od impongono un numero eccezionale di pubblicazioni; *b)* provvedono sopra domande di surrogazione: *c)* rigettano eccezioni di nullità, ovvero modificazioni od aggiunte alle condizioni di vendita; *d)* deliberano l'immobile in seguito all'incanto. Tanto della disposizione

ora indicata, come di quella dell'articolo 655 e di quella appresso menzionata dell'articolo 738, rimettiamo l'analisi al libro seguente;

9° quelle che nei giudizi *di purgazione* rigettano eccezioni di nullità contro gli atti posteriori alla sentenza che ordina l'incanto (art. 738);

10° quelle del tribunale *in materia di fallimento* dalle quali non è ammesso l'appello pel disposto dell'articolo 913 del codice di commercio;

11° le sentenze dei *consoli*, sulle controversie designate negli articoli 76 e 77 della legge consolare 28 gennaio 1866 e quelle dei *tribunali consolari*, nelle controversie che non eccedono il valore di lire millecinquecento (art. 105 della citata legge).

589. Abbiamo già spiegato (tit. VII), che la contumacia in prima istanza non toglie il diritto di appello. Nell'art. 481 troviamo la regola, che, introdotto l'appello contro una sentenza contumaciale, intendesi con ciò rinunziato al diritto di farvi opposizione. I termini per appellare e per fare opposizione *decorrono simultaneamente* (capoverso dell'art. 467); ciò spiega come possano coesistere le facoltà di appellare e di fare opposizione alla sentenza medesima. Se non che, bene avvisava il legislatore che colui il quale *appella* contro la decisione, da un lato non può allegare ulteriormente l'ignoranza del giudizio, anche se la sentenza contumaciale non gli fosse stata notificata in persona propria; sicchè vien meno per lui il fondamento razionale della opposizione; dall'altro col portare le proprie difese immediatamente alla cognizione del giudice superiore, manifesta di non reputare utile o conveniente la riapertura del contraddittorio in primo grado; nè questo potrebbe essere restaurato dopo una trattazione in appello, dove già il contumace ebbe agio di addurre tutte le proprie ragioni, eccezioni e prove d'ogni sorta.

590. Havvi discussione se debba essere accolta anche la massima opposta a quella dell'ultimo capoverso dell'articolo 481; e cioè, se il contumace col proporre l'opposizione rinunzi ad appellare contro la sentenza contumaciale. Qui occorre una distinzione. Il termine perentorio per

entrambi i rimedi non decorre che dalla notificazione della sentenza; però entrambi potrebbero essere proposti avanti a codesta notificazione. Ora suppongasi che l'opposizione sia anteriore per l'appunto alla notificazione della sentenza. Se il giudice, trovatala *in ordine* proponibile, ne ha giudicato *in merito,* l'abbia egli accolta o respinta, la sentenza contradditoriale da lui proferita surroga appieno la contumaciale impugnata. L'appello, ammissibile contro quella, non potrebbe più concepirsi contro questa, giacchè ormai *nessuno ha interesse ad impugnarla.* Quindi l'opposizione avrà fatto perdere il diritto di appello contro la detta sentenza. Pongasi invece che il giudice, per un motivo d'*ordine* qual che si sia, riconosca *improponibile* l'opposizione e la rigetti *senza esame.* Allora rimane in vigore la sentenza contumaciale; e se il termine per appellarne non è peranco decorso, deve ritenersi la facoltà nel contumace di profittare dell'appello, per far valere quella difesa *di merito* che non gli fu dato di svolgere in sede d'opposizione. Ma, per contrario, se la notificazione della sentenza precedette la opposizione ed il termine utile all'appello si compì prima della sentenza che rigetta l'opposizione, sia pure per motivi di forma o di procedura, non potrebbesi proporre in seguito l'appello contro la sentenza contumaciale. Il capoverso dell'art. 467 dispone infatti che i due termini *decorrono simultaneamente;* ciò significa che l'esercizio della opposizione *non sospende* il termine dell'appello. D'altronde l'opponente deve sopportare le conseguenze della scelta del mezzo di reclamo da lui fatta liberamente.

591. Abbiamo ricordata (n. 588) la disposizione dell'art. 913 del codice di commercio. Essa costituisce spesso il tormento degli interpreti. Ivi il legislatore accenna bensì tassativamente quali sentenze in materia di fallimento sono suscettive *di opposizione e d'appello;* ma *l'opposizione* ammessa nei giudizi di fallimento appare ben presto, a chi la disamina, un rimedio *sui generis*, diverso affatto da quello istituito nel codice di procedura pel caso di contumacia. È impossibile qui un'analisi tanto minuta quale richiederebbesi, per dimostrare che un equivoco gravissimo, anzi una serie di equivoci, ha dominato la redazione di questa

parte del codice di commercio, rendendola deplorabilmente viziata. Dovendo pertanto accettare la legge quale è, fino a che non abbia ricevuti gli emendamenti invano reclamati fino ad ora, e studiando il più corretto modo di applicarla, noi opiniamo che l'opposizione e l'appello, nei casi contemplati dal citato articolo 913, siano rimedi da poter usare alternativamente a libera scelta dell'interessato, quando entrambi sono conceduti. Così, avverso la sentenza che dichiara il fallimento è dato al fallito di muovere opposizione o di appellare. Taluno pensa che l'appello non sia ammesso, se non dopo l'opposizione e come rimedio contro la sentenza su di questa pronunziata. Noi preferiamo l'insegnamento contrario, quantunque meno accetto alla giurisprudenza, perchè niun testo della legge autorizza la limitazione che vorrebbesi introdurre. In ogni caso quindi il fallito può *direttamente appellare* contro la sentenza dichiarativa del fallimento. E così dicasi degli altri casi analoghi, salvo quello contemplato nel capoverso ultimo del citato art. 913 (opposizione del creditore alla sentenza che respinge la domanda di fallimento da lui proposta) poichè quivi la legge espressamente limita la facoltà del soccombente a valersi della opposizione, dichiarando solo appellabile la sentenza su questa opposizione pronunziata.

592. È da dire ora degli *effetti* dell'appello.

Secondo il linguaggio delle antiche scuole e di parecchie legislazioni alla nostra anteriori non che di qualcuna contemporanea (come la spagnuola) si attribuivano all'appello due effetti: il *sospensivo* ed il *devolutivo*. Queste denominazioni, quasi classiche, non sono pel nostro diritto positivo ammissibili. Infatti l'appello *non ha effetto sospensivo;* nella sezione prima del primo capo di questo titolo abbiamo veduto come l'esecutività della sentenza rimanga sospesa *durante il termine per appellare e durante il giudizio d'appello*, giusta le disposizioni dell'art. 482 (v. n. 532). Quanto all'*effetto devolutivo,* che traevasi dall'idea che l'intiera controversia andasse per virtù dell'appello sottoposta alla giurisdizione del secondo giudice, esso pure è sensibilmente modificato dal sistema del nostro codice, come diremo appresso (v. n. 601). Perciò degli effetti dell'appello è da

ragionare avendo riguardo alla *sentenza* in primo luogo ed in secondo luogo all'*azione*, ossia alle facoltà conferite relativamente alla medesima alle parti ed al giudice.

593. Gli effetti relativi *alla sentenza*, di cui ora ci interessa parlare, si circoscrivono alla facoltà che l'art. 484 attribuisce al giudice di secondo grado di sospendere, in determinate circostanze, la esecutorietà provvisoria che fosse stata accordata alla sentenza di primo grado. Conosciamo le regole che governano la materia dell'esecutorietà provvisoria (v. n. 533 e segg.). Se si eccettuano i giudizi di competenza dei conciliatori, in cui è sempre facoltativo concederla per le sentenze appellabili (v. n. 517), essa non può essere ordinata che ad *istanza di parte;* e, nelle materie *civili*, soltanto a favore di talune categorie di domande *tassativamente* designate (v. n. 536). Le circostanze che consigliano di accordarla sono spesso di opportunità momentanea, laonde non parve che l'*apprezzamento* fattone dal magistrato di prima istanza fosse da assoggettare al sindacato di quello d'appello. Ma invece parve ragionevole che si potessero denunciare in appello gli errori commessi nella applicazione della legge; errori che verificansi ogni volta in cui l'esecuzione provvisoria sia conceduta *senza il concorso di taluna delle condizioni legali preaccennate.* Ciò stabilito in massima, era da riconoscere la necessità di un procedimento rapido ed economico, per rendere efficace in questa parte l'azione riparatrice del giudice d'appello; ed a tal uopo fu seguìto l'esempio del codice francese, concedendo contro la clausola provvisionale il rimedio delle *inibitorie* (art. 484).

Sembra a qualche scrittore che non sia giusto limitare il potere del giudice d'appello a ritogliere l'esecuzione provvisoria solo quando fu violata la legge nell'accordarla, mancando con ciò ogni rimedio contro l'uso imprudente che il primo giudice avesse fatto del suo potere discrezionale. Aggiungesi che la limitazione è anche poco equa, mentre il vincitore che non avesse ottenuta l'esecuzione provvisoria può invece reclamare anche contro l'apprezzamento in virtù del quale gli è stata negata, giusta le disposizioni degli articoli 365 e 483 (v. n. 541).

La censura è, per nostro credere, infondata; anzitutto quegli a cui favore sta la vittoria, ossia la presunzione di buon diritto, merita una certa maggiore efficacia di protezione. In secondo luogo se il giudice d'appello non potrà *inibire* l'esecuzione provvisoria ordinata in un caso ammesso dalla legge, potrà però prescrivere *la cauzione* che a lui sembri opportuna e che il primo giudice non avesse imposta, poichè su questo punto non vi ha alcuna disposizione restrittiva; ed assai diversa cosa è il giudicare che convenga stabilire una cauzione, dal decidere se si debba ammettere la sentenza ad esecuzione provvisoria.

594. Il nome stesso d'*inibitorie*, adottato dall'art. 484, dinota che il rimedio in esame deve *prevenire* gli atti coercitivi; quindi, ad esecuzione già consumata, sarebbe inutile valersene e la relativa domanda dovrebbe in generale venire respinta per mancanza di interesse.

Le condizioni per cui le inibitorie possono essere conseguite sono le seguenti: 1° avervi interesse; 2° giustificare la mancanza di ogni titolo per l'esecuzione provvisoria.

Sul primo punto, si noti che il soccombente a carico del quale fu accordata la clausola provvisionale può chiedere le inibitorie *anche prima di appellare pel merito;* ma non però dopo aver lasciato passare il termine utile per l'appello, od avere prestata acquiescenza, o rinunziato all'appello introdotto, poichè in simili circostanze mancherebbegli l'interesse per invocarle.

Sul secondo punto è da avvertire che un titolo d'inibizione, nelle cause di competenza dei pretori e dei tribunali, sarà in ogni caso *la mancanza di una domanda specifica dell'interessato* — la quale, s'intende, non esige formole sacramentali. All'infuori di questo, non vi sono altri motivi, di fronte alla disposizione dell'articolo 409, per concedere inibitorie nelle cause commerciali (v. n. 535); nelle controversie civili varrà inoltre all'uopo la dimostrazione che non esiste nessuno dei titoli per i quali è permesso di accordarla (art. 363).

Un caso ulteriore a cui il rimedio della inibizione viene esteso dal capoverso dell'art. 484 è quello in cui si proceda ad atti esecutivi, malgrado il divieto dell'art. 482, in base

a sentenza che non è provvisoriamente esecutoria. Ciò non ha bisogno di illustrazioni.

595. Il rito delle domande per inibitorie è semplicissimo. Se l'appellazione *pel merito* non è ancora stata proposta, si procede per via di citazione. Se l'atto d'appello è già stato notificato, si segue il rito degli incidenti (art. 12 della legge 31 marzo 1901 sul proced. somm.; art. 53 delle disposizioni approvate con r. d. 31 agosto 1901).

L'articolo 484 è esplicito nel restringere la facoltà delle inibitorie all'ipotesi che l'esecuzione provvisoria *sia stata ordinata fuori dei casi dalla legge indicati*. Quindi nella disamina relativa non entra nè può influire veruna considerazione attinente al merito ed alla maggiore o minore probabilità di definitiva vittoria che abbia l'appellante.

La sentenza d'appello, la quale *riformi* quella di primo grado, le toglie *ipso jure et facto* la esecutorietà. Potendo avvenire la riforma di una sentenza *definitiva* di primo grado mediante una *interlocutoria* d'appello (v. nn. 603 e 604), cesserebbe in simile evento il vigore della clausola provvisionale senza bisogno di inibizioni. Ma una sentenza interlocutoria emessa in appello potrebbe mantenere *sospeso il giudizio sul merito dell'appellazione*, con o senza un'esplicita dichiarazione in proposito. In questa ipotesi, la proferita interlocutoria non aggiungerebbe nè creerebbe alcun titolo per poter chiedere l'inibizione, o per impedire di chiederla, nei casi contemplati dalla legge.

596. Relativamente agli effetti che l'appello produce sopra *l'azione*, i cenni teorici che abbiamo premessi rendono il nostro discorso facile e spedito. Sappiamo ormai come e perchè siano ammesse nel giudizio d'appello le nuove prove e le nuove eccezioni; come e perchè sia divieto d'ordine pubblico quello che concerne l'introduzione di domande nuove. Ad illustrare l'articolo 490 che contiene questo divieto e concede le accennate facoltà basteranno brevi spiegazioni.

Non possono proporsi *domande nuove;* se proposte, si devono rigettare *anche d'uffizio*. Nessuna incertezza esiste circa la qualifica di *domanda nuova*, quando l'*oggetto dell'azione* si volesse in appello mutare; si discute invece, se

equivalga a domanda nuova l'introduzione di una nuova *causa petendi* in aggiunta, ovvero in surroga, di quella dedotta in prima istanza. Noi accettiamo la opinione negativa, pur sapendola combattuta dalla maggioranza dei commentatori e da molte sentenze. La soluzione che adottiamo trova, a parer nostro, una base larga e sicurissima nel concetto teorico dell'appello. Se questo è la continuazione del primo giudizio, tutto quanto serve al puro e semplice svolgimento del diritto ivi proposto a dichiarare, deve esservi permesso. E la facoltà dell'appellante di mutare la *causa petendi* pareggia equamente la di lui situazione processuale a quella dell'appellato che può con nuove eccezioni trasformare del tutto la *causa defendendi;* mentre poi sta in coerenza e connessione logica con la libertà di introdurre nel giudizio di appello nuove prove.

Per l'obbligo fatto al giudice di respingere *anche d'uffizio*, senza esame, le nuove domande, è da riconoscere che formerebbe titolo di ricorso per cassazione la violazione dell'art. 490 commessa dal magistrato il quale avesse pronunziato in merito a tali domande, sia pure col consenso o nel silenzio delle parti. Imperocchè trattasi di mantenere incolumi le regole della competenza assoluta, rispetto alle quali nessuna proroga è valida, sia pure convenuta fra le parti.

Fra le domande nuove vietate in appello sono da porre anche quelle *in riconvenzione* e quelle *per garantìa;* poichè, sebbene derivate dal bisogno della difesa del convenuto, hanno vero e proprio carattere di azioni autonome. Rinviamo in proposito alle cose dette nel num. 177 e seguenti.

A mitigazione del divieto ora analizzato fu ammessa nell'art. 490 (primo capoverso) la facoltà di domandare in appello gli interessi, i frutti e gli accessori scaduti dopo la sentenza di prima istanza e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. È agevole osservare che queste domande secondarie costituiscono semplicemente lo sviluppo e l'integrazione logica della principale.

597. Tutte le prove ed eccezioni, compresa fra queste la compensazione, sono permesse. Le prove orali ammissibili debbono essere però veramente nuove e non mai ripe-

tizione di quelle già esaurite in primo grado, a qualunque titolo ricercate e con qualunque travestimento palliate. Nemmeno sarebbe ammissibile come nuova prova in appello quella da cui una parte fosse decaduta in prima istanza, per non avere rispettato il termine perentorio stabilito per dedurla o per eseguirla. Si è già rilevato come la facoltà di meglio istruire la causa in appello sia il principale e più caratteristico corollario dell'indole propria di questo mezzo di reclamo. Il giudizio si *continua*, come se la sentenza di primo grado non fosse stata (da questo punto di vista) emanata. Quindi non è da porre in dubbio che se la sentenza di primo grado avesse pronunziata l'*assoluzione dall'osservanza del giudizio,* si potrebbero fornire in appello nuovi elementi di istruzione, per ottenere la decisione sul merito. Ma se la sentenza avesse ordinato di procedere *a più ampia istruzione* e riaperto a questo scopo il contraddittorio, non si potrebbe appellare all'intento puro e semplice di produrre in secondo grado le maggiori prove richieste dal primo giudice. Ciò costituirebbe esecuzione volontaria della sentenza impugnata, omettendo qui di discutere sulla più o meno perfetta legalità della medesima. E la acquiescenza toglie l'interesse ad appellare (v. n. 545).

A proposito della ammissibilità di nuove prove in appello, è opportuno non dimenticare quanto altrove spiegammo circa la querela incidentale di falso proposta in tale grado di giudizio (*retro,* tit. II, capo IV, sez. V, § 2). Essa funziona come mezzo istruttorio della lite; ma poichè la natura sua speciale esige che la discussione e decisione relativa siano fatte in prima istanza, così è da ritenere che in siffatta ipotesi la necessità delle cose trasformi in obbligo la generale facoltà del magistrato d'appello stabilita nel capoverso dell'art. 492, di cui daremo spiegazione più oltre (v. n. 603). Non crediamo che sia permesso in grado di appello, a scelta dell'interessato, proporre la querela di falso come incidente del giudizio o come istanza principale; per guisa che si debba svolgere innanzi ai giudici d'appello se il querelante adotta la prima forma, ed in primo grado di esame se preferisce invece la seconda. Imperocchè, a parte ogni altra considerazione, a questo luogo non opportuna, verrebbesi con simile distinzione

a riconoscere nel querelante la facoltà di operare a suo talento la proroga della giurisdizione; e a ciò si oppone il divieto dell'art. 69 del codice.

Circa le eccezioni non v'ha motivo di dubitare che siano permesse tanto quelle semplici come quelle riconvenzionali. E la libertà sconfinata che dà in siffatta materia l'art. 490 autorizza a ritenere che quand'anco le nuove eccezioni del giudizio d'appello instaurassero un sistema di difesa del tutto contraddicente a quello di prima istanza, sarebbero valide ed operative. Sulla *compensazione* in particolare va notato che essa funziona in appello soltanto *come eccezione;* se il credito sul quale la medesima si fonda fosse superiore a quello per cui si contende, non potrebbe chiedersi il pagamento della eccedenza, poichè la eccezione convertirebbesi così in domanda riconvenzionale (v. nn. 21 e 180). Ad evitare su questo punto un facile equivoco, avvertasi che i proceduristi francesi dànno insegnamento contrario; ma l'articolo 464 del loro codice espressamente dichiara essere permessa la compensazione anche *a titolo di domanda nuova,* mentre il nostro articolo 490 la permette soltanto come eccezione: « Può proporsi la compensazione ed *ogni altra eccezione* alla domanda principale » (capoverso secondo).

598. In conformità al principio già stabilito (n. 543) che il diritto d'impugnare una sentenza compete a coloro solamente che furono *parti* nel giudizio dalla medesima deciso e vi soccombettero, non è ammesso per massima l'intervento in appello; il che è giustificato inoltre dal dover considerare che qualora l'interveniente proponesse domande dirette alla particolare tutela del suo interesse, queste avrebbero il vizio capitale di essere domande nuove.

Una doppia eccezione alla esposta regola è ammessa dall'art. 491, il quale consente d'intervenire per la prima volta in appello a coloro che hanno diritto di formare opposizione di terzo; e mantiene inoltre la facoltà nei giudici di ordinare d'uffizio l'intervento a sensi dell'art. 205.

La prima eccezione, stabilita anche nell'articolo 466 del codice di procedura francese, è perfettamente giustificata. Colui che avrebbe diritto di fare opposizione di terzo contro la sentenza, dopo la sua emanazione, la dovrebbe proporre

— come vedremo nel seguente capo sesto — innanzi la medesima autorità da cui essa fu pronunziata, e così davanti al giudice d'appello se la definizione della lite ebbe luogo per opera di questo. Adunque non è che una utilissima anticipazione dell'esercizio del suo diritto quella che viene consentita in virtù del testo citato. Utilissima, diciamo, in quanto che le ragioni per le quali ègli potrebbe più tardi chiedere, e forse ottenere una modificazione nel tenore e negli effetti del giudicato, peseranno addirittura sulla bilancia della giustizia, e s'avrà una lite sola ed una sola decisione anche in di lui confronto.

Condizioni indispensabili e naturali per l'ammissibilità dell'intervento in appello sono adunque — in prima linea, il diritto nel terzo di poter fare opposizione alla sentenza, — in secondo luogo, l'essere egli rimasto estraneo affatto al primo giudizio. Della prima non ci occupiamo ora, giacchè fra breve dovremo dire quali siano gli elementi da cui nasce il diritto a fare opposizione di terzo. Rispetto alla seconda giovi notare che se il terzo fosse *già intervenuto* in prima istanza egli sarebbe diventato *parte in causa* e parteciperebbe quindi all'appello come coappellante o coappellato a norma del suo interesse; chè se il terzo, senza essere intervenuto, fosse stato *legittimamente rappresentàto* da una delle parti nel primo giudizio, mancherebbe per regola di titolo a fare opposizione di terzo e quindi anche ad intervenire in appello. Ciò vale segnatamente in riguardo ai creditori che si reputano rappresentati in giudizio dal loro debitore, salvo il caso di *collusione o frode a loro danno,* contemplato nell'art. 512, il quale li pone nel diritto di agire come terzi opponenti e quindi anche di intervenire in appello, nel caso predetto.

599. Accenniamo brevemente alle più importanti questioni che si riferiscono all'esegesi del testo menzionato.

La sentenza contro cui il terzo deve giustificare il proprio diritto all'opposizione, per poter intervenire in appello, è quella di primo grado o può essere anche quella emananda in secondo grado? È indifferente che si tratti di quella o di questa. Se la sentenza di primo grado fu sfavorevole al diritto del terzo, egli giustifica l'intervento con

lo scopo di prevenire il pericolo della conferma; se fu favorevole lo giustifica con quello di prevenirne la riforma; se poi il motivo dell'intervento fosse dipendente dalle nuove eccezioni o dalla nuova *causa petendi* dedotte in appello, è ancora più evidente che possa il terzo avere interesse a prevenire un pericolo temibile dalla sentenza di secondo grado. Insomma, l'interprete non deve creare arbitrarie distinzioni, dove la legge, con evidente razionalità di criterio, non ne volle stabilire alcuna.

L'intervento del terzo dovrà essere solamente *volontario* o potrà *provocarlo* una delle parti? — Il testo dell'art. 491: « *Non si ammette intervento* », ecc., come quello dell'art. 466 del codice francese: « Aucune intervention *ne sera reçue...* », scolpiscono il concetto che si alluda dai legislatori al solo intervento *volontario;* ed è questa la interpretazione preferibile; invero si tratta di anticipare l'opposizione di terzo che è sempre *facoltativa;* e come non si può obbligare il terzo a impugnare la sentenza con tale rimedio, *dopo la pronunzia,* così non si potrebbe costringerlo a servirsene *in via di prevenzione.*

Potrà l'interveniente proporre istanze proprie (*ad excludendum*) ovvero dovrà limitarsi a sostenere quelle dell'uno o dell'altro litigante (*ad coadiuvandum*)? Anche qui conviene por mente allo scopo dell'intervento. Chi fa opposizione di terzo può avere un diritto contrario a quello di entrambi i litiganti; si contende fra questi della proprietà di una cosa che il terzo vuol dimostrare non appartenente nè all'uno nè all'altro ma a lui solo. Non vi è motivo pertanto di negargli il diritto di agire *ad excludendum iura utriusque competitoris.*

600. La seconda parte dell'art. 491, quella che permette di ordinare d'uffizio l'intervento anche in appello, nel quale caso non è richiesta la condizione ora esaminata, è poco plausibile e non ha precedente nel codice francese. In generale si vuol giustificare questa disposizione osservando che trattasi di un provvedimento di istruzione; si soggiunge che il terzo non diventa parte in causa in modo obbligatorio, sicchè non viene introdotta nel giudizio d'appello nè una nuova persona nè alcuna nuova domanda. Queste affermazioni si

fondano però su di una intelligenza dell'articolo 205 che già dimostrammo essere inesatta. Se il terzo, chiamato in causa per ordine di giudice diventa parte in causa, come è nostra opinione, riesce manifesto che a di lui danno è soppresso il primo grado di giudizio, quando l'arbitrio del magistrato lo costringa a intervenire per la prima volta in appello; perciò la disposizione in esame non sta in coerenza col sistema generale della legge nè cogli insegnamenti della dottrina.

601. Veniamo a dire degli effetti dell'appello relativamente *alla giurisdizione* del magistrato di secondo grado.

Risalendo alla teorica del nostro istituto sembra ragionevole di dedurre da essa che essendo l'appello la continuazione del primo giudizio, trasmigri alla giurisdizione del magistrato superiore tutta la controversia che è stata discussa in primo grado, salvo che il soccombente accetti una parte della decisione e limiti all'altra parte di essa le istanze di riforma. Questo concetto è accolto e sanzionato dal codice; il quale nell'ultimo capoverso dell'art. 486 dispone: « Quando la sentenza contenga più capi, ed alcuno soltanto sia impugnato, s'intende che l'appellante abbia accettato gli altri capi. Se non sia fatta indicazione di capi, l'appello si intende proposto contro tutti ».

Ma scendendo dal principio generale a specifiche applicazioni, non troviamo la legge del tutto coerente alla dottrina, quando regola i casi di appellazioni proposte sia contro sentenze interlocutorie o contro definitive.

602. Una sentenza interlocutoria può essere emanata in primo grado dopo discussione cumulativa sull'incidente e sul merito, ovvero dopo discussione sul solo incidente. Ciò è ben possibile anche nell'odierno sistema del procedimento sommario, in cui non è vietato alle parti di circoscrivere la discussione a una controversia incidentale. Nel primo caso, il giudice ha avuto dinanzi a sè tutta la controversia e ne ha potuto fare un esame completo; il risultato del quale fu la decisione sul solo incidente; l'intera controversia deve adunque passare alla cognizione del magistrato d'appello. Se questo confermerà la decisione appellata nulla di più logico che torni la causa al primo grado; il magistrato inferiore sentenziò che la causa non era ancora

matura *ad una decisione definitiva in primo grado;* il giudice superiore è dello stesso avviso; in tale stato di cose egli deve provvedere a che la decisione definitiva in primo grado possa essere pronunziata. Se invece l'interlocutoria è riformata perchè il giudice d'appello considera la causa *matura a decisione definitiva,* diventa logico e giusto che egli pronunzi altresì siffatta decisione definitiva, con la quale appunto raggiungesi lo scopo dell'appellazione. Fino a qui coi dettami della ragione stanno in consonanza le disposizioni della legge, scritte nella prima parte dell'art. 492. Ma suppongasi che la sentenza interlocutoria sia riformata in appello colla pronunzia di altra decisione del pari interlocutoria. Noi diciamo che in questa ipotesi (sempre che il merito fosse stato discusso in primo grado) l'esame della causa dovrebbe proseguire in appello fino a decisione definitiva. Infatti, il *primo esame di essa* fu esaurito già una volta; e se la teorica dell'appello si concreta nella formola: *doppio esame ed unico giudizio,* poco importa che la sentenza proferita in primo grado sia stata interlocutoria o definitiva, purchè tutta la causa sia stata quivi discussa dalle parti e dal giudice. Non ostante la chiarezza e la semplicità logica di tale ragionamento, il testo citato stabilisce che *in ogni caso* la riforma di una sentenza interlocutoria rende obbligatorio il rinvio della causa al primo giudice per il suo corso ulteriore, salvo che tale riforma sia pronunziata dal giudice d'appello *mediante una sentenza definitiva.*

Se in prima istanza si è discusso *soltanto l'incidente,* è su questo solo che si eccita la giurisdizione del magistrato d'appello; diventerebbe una *domanda nuova* la proposta delle istanze sul merito, mentre in appello si può *continuare* solo quella discussione che già fu fatta in primo grado. In cotale ipotesi pertanto, sia che l'interlocutoria venga confermata, sia che venga riformata (e la riforma non potrà mai dar vita a decisione definitiva), deve la causa tornare pel suo proseguimento innanzi il primo giudice.

603. Della ipotesi che si appelli da sentenza *definitiva* si occupa il capoverso dell'art. 492 ed anche qui il sistema del codice merita una censura. Il giudice d'appello può trovare necessari nuovi atti di istruzione, a cui provvederà, se

occorra, con sentenza interlocutoria. Ma intanto è certo che il *primo esame* sul merito si è esaurito e che le indagini nuove ammesse in appello sono un mezzo per l'esecuzione *del secondo esame.* Questo dovrebbe svolgersi per intiero davanti il giudice superiore, nè sarebbe mai giustificabile il rinvio della causa al primo giudice per esaurire la ordinata nuova istruttoria e per l'ulteriore giudizio. Avvenendo il rinvio, il giudice di primo grado è messo nella condizione di pronunziare *una seconda sentenza definitiva;* ed invece di un *doppio esame* se ne avrà un *triplo;* o anche *quadruplo* nella ipotesi di ulteriore appello; per tacere di altre possibili moltiplicazioni. Il capoverso dell'art. 492, malgrado tali inconvenienti, lascia in arbitrio del giudice d'appello, che *riformando* una sentenza definitiva ordini *ulteriori atti di istruzione,* di ritenere la causa o di *rinviarla ai primi giudici* (1).

604. L'ipotesi di questo testo è che il giudice d'appello nello ordinare nuovi atti di istruzione *riformi* la sentenza definitiva appellata. In massima è censurabile anche questo concetto della *riforma.* Quando ordina una più ampia istruzione il giudice d'appello non mira che a predisporre nuovi elementi di convinzione per propria guida nella decisione. Egli non può *sapere preventivamente* se in seguito alla valutazione dei nuovi elementi si persuaderà a decidere in modo diverso dal primo giudice. È quindi illogico che egli intanto *riformi* una sentenza che forse dovrà *confermare* più tardi pronunziando in senso ad essa conforme. Nè dicasi che la riforma sia logica quando il magistrato d'appello ammette mezzi d'istruzione i quali erano stati già proposti a quello inferiore e da esso respinti; ciò non toglie che la sentenza *definitiva* d'appello possa riescire *conforme* a quella *riformata;* e l'assurdo notato rimane tal quale anche in questa ipotesi. Del resto il codice non si prende nemmeno la cura d'indicare che la *riforma* debba essere pronunziata solo quando si ordini qualche atto di istruzione già negato dal primo giudice e non eziandio quando si ammettano prove proposte *ex novo* in appello.

---

(1) Sulla ipotesi di ammissione in appello d'una querela incidentale di falso, vedasi quanto è detto al n. 597.

605. Le regole brevemente svolte, non sarebbero applicabili nel caso in cui il giudice d'appello dichiarasse la ***incompetenza*** di quello inferiore che avesse sentenziato sul merito della lite. Poichè col riconoscere tale incompetenza egli stabilisce implicitamente la propria a decidere ***sul merito*** in secondo grado; e sarebbe contraddittorio a questo giudizio il proseguire nell'esame della causa. Se in primo grado si discusse in via incidentale soltanto della competenza, è ancora sul solo incidente che viene provocata la giurisdizione del magistrato d'appello; e quindi, confermi o riformi egli la sentenza appellata, dovrà la lite, nel caso di dichiarata competenza, ritornare alla prima istanza per l'esaurimento del giudizio in quella sede.

Tali regole sono stabilite nell'art. 493. A migliore schiarimento giova soggiungere che se innanzi al primo giudice fu discusso colla questione di competenza anche il merito ed esso dichiarò l'incompetenza, ovvero se, essendosi discusso il merito, l'incompetenza fu dichiarata d'uffizio, il giudice d'appello il quale riconoscesse erronea questa decisione, dovrebbe essere autorizzato a decidere il merito. Le sue facoltà, secondo i principii dianzi esposti, dovrebbero avere la stessa misura di quelle del primo giudice, il quale ***potè*** decidere il merito ed ***errò*** non decidendolo. Invece il primo alinea dell'art. 493 detta categoricamente che, se in prima istanza siasi ***pronunziato*** soltanto sulla competenza, anche in appello ***si pronunzia solo su questa.*** Nel qual punto pare che il legislatore non abbia seguito bene la logica dei principii che informano l'istituto dell'appellazione nel nostro diritto positivo.

606. L'articolo 493 fornisce argomento, o meglio pretesto, ad una controversia che nella pratica ha grave importanza, e intorno alla quale la giurisprudenza si mantiene divisa. Se un tribunale, funzionando come giudizio di appello sovra una lite trattata innanzi il pretore, riconosce essere stato questo incompetente a deciderla per appartenerne la cognizione in primo grado al tribunale stesso, potrà, colla sentenza nella quale pronunzia l'incompetenza del pretore, decidere pure, in qualità di magistrato di primo grado, il merito della lite? Identica questione si può fare pel caso di

appello dal conciliatore al pretore. Noi aderiamo alla soluzione affermativa. La sentenza, in questa ipotesi, ha due capi distinti e contiene in realtà *due sentenze*, l'una d'appello, l'altra di prima istanza. In quella *d'appello* non si giudica di altro che della competenza del giudice inferiore; e sotto tale aspetto la disposizione dell'art. 493 è pienamente osservata. In quella *di prima istanza* si pronunzia separatamente sul merito; e qui il precetto del citato articolo non entra per nulla. I due capi della decisione saranno suscettivi di rimedi distinti; il primo del ricorso per cassazione, il secondo, invece, dell'appellazione. Pare questo un inconveniente, per la complicanza che può nascere, nella eventualità che la parte della sentenza proferita in grado d'appello sia cassata. Ma la medesima complicanza potrebbe verificarsi anche se la pronunzia del tribunale in grado d'appello fosse resa isolatamente. Il termine per ricorrere ed il ricorso per cassazione non sospendono l'eseguimento della sentenza: quindi il tribunale potrebb'essere tosto adìto come giudice di primo grado per la decisione del merito, la quale poi assai facilmente verrebbe data ed anche appellata prima che si fosse avuta la pronunzia della corte di cassazione intorno alla questione di competenza.

Sembra quasi superfluo aggiungere che la questione esaminata non può sorgere se non nel caso in cui il giudice, adìto in grado di appello sul tema dell'incompetenza, sia provocato con domanda della parte interessata a pronunziare sul merito nella funzione di giudice di prima istanza. Questa nozione risale ai principii generali del diritto processuale, nè il contenuto speciale della materia qui discussa induce alcuna derogazione ai medesimi.

607. Avendo accennato ai casi nei quali la causa è rinviata all'autorità giudiziaria di primo grado, riproduciamo la disposizione dell'art. 472, la quale non ha bisogno di altri chiarimenti oltre quelli che riceverà appresso (nn. 689, 691), rispetto all'evento di rinnovazione della citazione: « Quando la causa sia rinviata davanti all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza impugnata, sta ferma la rappresentanza dei procuratori già costituiti, salvo che la citazione debba essere rinnovata a termini degli articoli 333, 334; e sta pur

ferma l'elezione del domicilio, o la dichiarazione del domicilio o della residenza, fatta per la notificazione. — Se il giudizio debba proseguire in via sommaria, la sentenza di rinvio stabilisce l'udienza in cui le parti devono comparire davanti l'autorità giudiziaria inferiore ». L'ultima parte della disposizione non è d'ordinario osservata; e la citazione all'udienza suole essere eseguita a cura della parte più diligente.

Si riferisce, ed è analoga alla surriportata, la disposizione dell'articolo 243 del regolamento generale giudiziario che richiama in particolare i casi previsti negli articoli 492 e 493 esaminati dianzi.

608. Per parlare delle *forme* e dei *termini* dell'appello, conviene premettere come tre modi diversi di appellazione siano considerati dalla legge.

Chi per primo, gravato da una sentenza di prima istanza, si decide a portarne reclamo davanti il magistrato d'appello, qualunque sia la misura della sua soccombenza, qualunque il numero dei consorti nella medesima, deve naturalmente provvedere alla vera e propria instaurazione del giudizio di secondo grado mediante citazione. Il suo appello riceve il nome di *appello principale*, sia per l'autonomia processuale di cui è improntato, sia perchè diventa il centro intorno al quale si svolgono, o si possono svolgere, le altre due forme che ora indichiamo.

L'*appellante principale* può avere consorti in soccombenza, interessati quanto lui, od almeno in parte con lui, alla riforma della sentenza. A costoro apre la via dell'*adesione* l'art. 470 (v. n. 569); quando se ne valgano, il loro reclamo riceve il nome di *appello adesivo*.

La soccombenza può essere parziale per ciascheduna delle parti, ed entrambe avranno, quantunque in vario ed opposto senso, interesse ad appellare dalla sentenza. Quando una di esse si rende *appellante principale*, l'altra, ossia l'*appellato principale*, trovandosi ormai di fronte al suo legittimo contradditore e dinanzi al giudice competente, non deve aver bisogno di iniziare un nuovo giudizio separato per proporre l'appello relativo al capo della decisione in cui rimase soccombente. La legge permette di proporre tale

appello nello stesso contraddittorio, senza uopo di nuova citazione; esso ha il nome di *appello incidentale.*

608 *bis.* Chi ha facoltà di proporre appello adesivo od incidentale, ha pur diritto di preferire la forma dell'appello principale; quindi contro una medesima sentenza potrebbero aversi parecchi appelli principali, ciascuno dei quali si svolgerebbe separatamente, o potrebbero essere uniti per la decisione con unica sentenza se le condizioni processuali rispettive lo permettessero. Ma gli appelli adesivo ed incidentale offrono manifesti vantaggi dal lato dell'economia, dell'unità e della coerenza del giudizio, come ognuno di leggieri può scorgere.

È certamente un difetto della legislazione quello di avere tollerata la possibilità della scissione di controversia unica in tante, varie e distinte, nella sede del secondo esame. Il più spesso avviene che i primi a doverne risentire danno sarebbero i litiganti medesimi; così che, a dir vero, la pratica evita quasi sempre tale inconveniente, ed evitandolo ne attenua la gravità. Tuttavia è utile farne cenno specialmente allo scopo di scolpire meglio il carattere che ha l'appello incidentale nel nostro sistema giudiziario. Esso è un mezzo *facoltativo,* non *necessario,* per far valere, in caso di *soccombenza reciproca,* il proprio gravame in contrapposizione a quello dell'avversario che appellò in forma principale. Certo sarebbe più razionale che esso funzionasse, rispetto a questo suo fine, come forma *obbligatoria* di reclamo. Ma importa tener presente che ciò non è; giacchè ne deriva la conseguenza che l'appellato principale, coll'astenersi dal proporre il suo gravame in forma di appello incidentale, non attesti in modo univoco di acquetarsi alla sentenza, nè perda sempre il diritto di reclamarne in seguito con suo separato appello principale, per i capi che lo gravano. Potrà darsi caso in cui le circostanze della lite dimostrino prestata acquiescenza dall'appellato ai capi sfavorevoli per lui: così se in primo grado sia stata respinta una sua istanza *principale* ed accolta una *subordinata,* e contro l'appello dell'avversario egli concluda *per la conferma della sentenza,* sarà giocoforza attribuirgli la completa rinunzia al proposito di impugnare il negato accoglimento della domanda principale.

S'intende che il diritto di proporre un appello principale separato può essere salvo all'appellato solo a condizione che la sentenza non sia stata notificata o il termine non sia peranco spirato. Onde si rileva come la proposta dell'appello incidentale arrechi qualche volta il benefizio di una proroga di termine a favore dell'appellato principale. Così se l'appello principale fu notificato nell'ultimo giorno del termine utile, l'appellato che, al momento di questa intimazione, aveva forse poche ore o pochi minuti disponibili per appellare, si vede liberato da siffatta angustia, ed acquista, nell'istante medesimo in cui gli viene notificato l'appello principale, e per virtù di questa intimazione, la facoltà di produrre il proprio reclamo dentro quel più lungo lasso di tempo di cui più innanzi faremo cenno (v. n. 615).

Non bisogna però, da questa circostanza, trarre l'induzione, da molti ripetuta con singolare superficialità, che l'appello incidentale abbia per iscopo di riporre in termine l'appellato il quale sarebbe stato disposto a lasciar passare in giudicato la sentenza se l'avversario vi si fosse pure acquetato, e che, sorpreso all'ora estrema del termine dalla appellazione di costui, deve per ragione d'equità essere favorito con una specie di indennizzazione, o, quasi direbbesi, di premio, affinchè la speranza o la fiducia in cui visse prima non lo faccia vittima della inesorabile autorità del giudicato, nella sola parte a lui dannosa.

Questo concetto, per quanto esposto da giureconsulti sapienti (Pisanelli, Pescatore), non è che la ripetizione di formole analoghe insegnate da alcuni proceduristi francesi e dal ginevrino Bellot, formole invero esatte in ordine alle rispettive legislazioni (1); le quali attribuivano alla notificazione della sentenza il valore di accettazione, e solo, in via di temperamento, ammettevano il notificante al benefizio dell'appello incidentale se l'intimato avesse proposto il principale. Nulla di simile fra noi. Nessun testo restringe il diritto dell'appello principale per chi fa notificare la sen-

(1) Cod. di proc. francese, art. 443 ult. capov.; codice di procedura ginevrino del 1819, art. 310. Il codice ginevrino del 1891 ha accolto per l'appello incidentale il sistema vigente fra noi, con lieve differenza quanto alla misura dei termini.

tenza; nessun testo subordina l'uso dell'appello incidentale all'ipotesi che sia giunto l'ultimo giorno del termine; ed è tanto più inaccettabile l'idea di una *restituzione in termine*, in quanto che appello principale e incidentale possono essere proposti, discussi, e decisi senza che il termine abbia neppur cominciato a decorrere; cioè, senza che la sentenza sia stata notificata mai. Il diritto all'appello incidentale sorge nel momento e pel fatto della proposta dell'appello principale dell'avversario, qualunque sia lo stato in cui si trova la parte appellata rispetto alla possibilità di proporre un suo appello principale. Se talvolta accade che l'appello principale sia proposto all'estrema ora del termine, e quindi si può *dubitare* che l'appellato non avrebbe più ormai potuto decidersi utilmente ad appellare a sua volta in via principale, questa è una mera contingenza, cui fanno riscontro tanti altri casi ben differenti, e che in ogni modo non può fornire la base per costruirvi sopra una teoria giuridica.

609. Il termine perentorio per l'appello *principale* decorre dalla notificazione della sentenza. La durata di esso è maggiore per l'appello dalle sentenze dei tribunali nelle materie civili che non sia per quello dalle sentenze dei tribunali stessi nelle materie commerciali e da quelle dei pretori. Per le prime il termine è di *sessanta giorni*, per le altre di *trenta*. Sarebbe molto desiderabile, sotto più di un aspetto, l'adozione di un termine uniforme per ogni specie di sentenze, nè sarebbe da stimare troppo breve quello di trenta giorni (1).

---

(1) Molta difficoltà, dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, incontrò l'applicazione della duplice norma sul termine per appellare dalle sentenze dei tribunali. Fu discusso vivamente se una lite si dovesse considerare civile o commerciale (per il solo effetto della misurazione del termine di appello) esaminandone la intrinseca natura (oggetto della domanda, indole del rapporto giuridico controverso), oppure osservando esclusivamente la definizione datane dal giudice di primo grado, in modo esplicito od implicito, purchè non equivoco. Prevalse la seconda opinione, che si fonda principalmente su questo semplice ragionamento: se il giudice di primo grado ha giudicato la controversia civile o commerciale, bisogna presumere giusta la di lui definizione fino a che non la dichiari errata il giudice superiore. Perciò la parte soccombente deve attenersi alla medesima come a norma obbiettiva sicura per conoscere in qual termine le convenga appellare. Avvertasi nondimeno, che allor-

Oltre però a questi due, che sono indicati nell'art. 485, vi sono altri differenti termini per l'appello, assegnati a speciali categorie di sentenze, e precisamente:

a) di *quindici giorni* per le sentenze proferite nei giudizi di esecuzione mobiliare ed immobiliare, a norma degli art. 656 e 703, ed in quelli di graduazione e purgazione, a mente degli art. 725 e 738;

b) di *quindici giorni* ancora, per le sentenze che rigettano la ricusazione dei periti, giusta l'art. 258; per quelle che rigettano l'opposizione al matrimonio, secondo l'articolo 797; per quelle che concedono autorizzazioni alla donna maritata (art. 802); per quelle infine che pronunziano sopra le impugnazioni dei membri della minoranza del consiglio di famiglia, contro le deliberazioni della maggioranza (art. 815);

c) di *quindici giorni* per le sentenze della giurìa dei probi viri se la causa è di valore superiore a cento lire (appello al tribunale), di *dieci giorni* se è di valore inferiore (appello al pretore), nei casi di incompetenza od eccesso di potere, nei quali soltanto è ammesso l'appello (v. n. 133).

d) di *giorni dieci* per le sentenze dei conciliatori in cause di valore superiore a cinquanta lire (v. n. 519).

e) di *giorni cinque* per le sentenze, che non siano inappellabili, proferite dai tribunali in tema di ricusazione di giudici (art. 129);

f) di *giorni tre,* per quelle dei conciliatori sulla questione della competenza nelle cause di valore inferiore a cinquanta lire (art. 459).

Se i termini indicati alle lettere *c, d, e,* sono giustificati da ragioni speciali, l'unico motivo che rende plausibili quelli indicati alle lettere *a* e *b* è la soverchia lunghezza

---

quando il pensiero del primo giudice sull'indole controversa della lite rimanga assolutamente incerto od oscuro, si dovrà ammettere, per ragione di equità, che l'appello sia proponibile nel più lungo termine concesso per le materie civili.

La giurisprudenza è ora concorde nella massima qui enunciata, sebbene non siano sempre correttissimi i ragionamenti coi quali le corti giungono a siffatta conclusione.

del termine ordinario; riducendo il quale alla uniforme ed adeguata misura di giorni trenta si toglierebbe il bisogno di termini minori, che spesso — e particolarmente nei procedimenti esecutivi, come vedremo nel seguente libro — sono cagione di controversie gravi e di non lievi inconvenienti per le parti e per la stessa giustizia. Quanto al termine indicato sotto la lettera *e*, non ha veruna ragionevole spiegazione; imperocchè sarebbe stato molto più semplice che la legge del 1892 avesse dato una regola unica ed uniforme per tutti i casi di appelli da sentenze di conciliatore.

610. L'appello principale è proposto con atto di citazione (art. 486) notificato alla parte personalmente, nel modo stesso della sentenza, giusta le disposizioni degli art. 367, 396 e 437 capoverso, già note ai lettori (v. nn. 449 e 498). Quindi, se sia stata dichiarata nel primo giudizio la residenza, o sia stato dichiarato od eletto domicilio in una delle forme indicate dagli art. 134 n. 5, 158 e 159, è quivi che si notifica la citazione d'appello, seguendo del resto le regole ordinarie (1); — se niun domicilio fu eletto, niun domicilio o residenza dichiarato, la *notificazione* è fatta al procuratore costituito in primo giudizio, *citandosi* però anche in questo caso la parte; — se il procuratore sia morto od abbia cessato dalle sue funzioni, si eseguisce la *notificazione personale*, secondo le regole comuni dell'atto di citazione di prima istanza. Nelle cause commerciali, qualora manchino la dichiarazione o l'elezione predette, la citazione d'appello si può notificare al procuratore, o, se non sia stato costituito, nella cancelleria del tribunale. Nelle cause davanti i pretori, in difetto di dichiarazione od

(1) La dichiarazione di residenza o di domicilio e così la elezione di domicilio, possono essere mutate, mediante notificazione alla parte avversaria dell'eseguito cambiamento. La notificazione può aver luogo nello stesso atto in cui si eseguisce quella della sentenza, e perfino in atto successivo, purchè anteriore all'interposizione dell'appello. In ognuno di simili casi, la notificazione dell'appello deve farsi nel luogo di residenza o domicilio più recentemente indicato. Meglio sarebbe stato (ripetiamo) che la legge avesse autorizzato la più semplice maniera di intimazione dell'atto d'appello, cioè al procuratore, nei casi in cui fu costituito.

elezione, può l'appello venir notificato con affissione alla porta esterna della sede della pretura. In qualsivoglia caso e dinanzi a qualsiasi giurisdizione è da ritenere però che la notificazione fatta alla *persona propria* del citato sarà regolare qualunque sia la diversa forma prescritta dalla legge. L'appello dalle sentenze dei conciliatori nelle cause di valore superiore a cinquanta lire deve essere notificato, in difetto di speciali norme, nella forma ordinaria della citazione.

611. Le violazioni di legge le quali rendessero invalida la *notificazione* dell'atto di appellazione, lo colpiscono di *nullità relativa;* vale a dire, l'atto conserva efficacia ad impedire *la decadenza dal termine perentorio,* purchè sia rinnovato nel nuovo termine da stabilirsi dall'autorità giudiziaria nella sentenza stessa che dichiara la nullità; soltanto dopo l'infruttuosa decorrenza di questo nuovo termine, si verificherebbe decadenza. Ciò risulta in modo perspicuo dalle combinate disposizioni degli art. 145 capoverso e 190, altrove esaminate.

Ma differente e più grave effetto producono le nullità che viziano quest'atto nella sua parte sostanziale. Il capoverso dell'art. 58 dichiara infatti che un atto nullo non può essere rinnovato dopo scaduto il termine perentorio per farlo (v. n. 70). Ed abbiamo già spiegato, nell'esaminare quel testo, come la citazione d'appello nulla non interrompa il decorso del termine, sicchè malgrado di essa potrà effettuarsi il passaggio in giudicato della sentenza.

Ciò avviene, però, solo a patto che la sentenza sia stata notificata, sicchè il termine abbia potuto cominciare e finire il suo decorso prima che sia dichiarata la nullità della citazione d'appello. Se la sentenza non è stata notificata, l'appellazione nulla potrà venire rinnovata, riuscendo inapplicabile il capoverso dell'art. 58.

Ed è anche da considerare che colui il quale ha fatto un'appellazione nulla, può rinnovarla, mentre il termine è in corso, senza bisogno di attendere la sentenza dichiarativa della nullità, non esistendo veruna legge che vi opponga un divieto il quale sarebbe contrario ad ogni criterio di giustizia.

612. Si domanda se l'appellazione *innanzi a giudice incompetente* sia da equiparare a quella *nulla.* L'opinione nostra è la seguente (1).

L'indicazione del magistrato innanzi al quale si deve comparire è uno dei requisiti essenziali dell'atto di citazione ed il suo *difetto* è cagione di nullità del medesimo (v. n. 208). Per altro, non è detto nell'art. 145 che in via generale sia titolo di nullità la designazione *erronea*, quella cioè di un magistrato incompetente. Se questa osservazione farebbe pensare che il quesito proposto debba risolversi con una semplice negativa, vi ha però un grave motivo per non precipitare codesta conclusione. Sappiamo che ciascun atto di procedura può essere annullato per il difetto di alcuno degli elementi che ne costituiscono l'*essenza*, i quali variano da atto ad atto, secondo la sua indole e la sua destinazione (v. nn. 66 e 227). La designazione di un giudice incompetente può presentarsi, nella specie particolare dell'atto di appello, come violazione di una formalità essenziale del medesimo?

Si deve riflettere che uno degli elementi essenziali dell'atto d'appello è *la manifestazione positiva e non equivoca di voler reclamare contro la sentenza.* Si può dire anzi questo il primo di tali elementi. Siffatta manifestazione, coi caratteri indicati, manca per certo, quando si diriga la proposta del reclamo ad un magistrato *che non ha giurisdizione di secondo grado in relazione al primo giudice*, poichè non può essere ignota a chi commette un simile errore l'impossibilità di conseguire per codesta guisa l'intento di una seria impugnazione del giudicato. Pertanto, se l'appello fosse proposto davanti alla corte di cassazione, o allo stesso giudice che pronunziò la sentenza, o ad uno di grado uguale od inferiore, od alla corte d'appello per una sentenza di

(1) Non crediamo che sia da invocare nell'esame di questa importantissima controversia l'art. 2125 del cod. civ., che dichiara idonea la citazione innanzi a giudice incompetente *ad interrompere la prescrizione.* E stimiamo sufficiente richiamare a giustificazione di tale avviso le sostanziali differenze che spiegammo esistere fra i *termini di decadenza* dai reclami giudiziari ed il termine della *prescrizione* (v. n. 528), non che gli schiarimenti dati intorno al criterio su cui si fonda la rammentata disposizione dell'art. 2125 (v. n. 205).

pretura, ecc., riteniamo che dovrebbe l'atto introduttivo dirsi nullo per difetto dell'elemento sostanziale preaccennato; e perciò esso non impedirebbe il proseguimento del termine che fosse in corso e la decadenza dal reclamo. Invece suppongasi che il magistrato adìto per l'appellazione *possieda giurisdizione di secondo grado* in confronto a quello che proferì la sentenza impugnata, ma che non sia però competente a conoscere in particolare della controversia di cui trattasi; l'ipotesi a cui qui si allude è quella che da sentenza di primo grado proferita dopo la cassazione di una di appello antecedentemente proferita nella stessa causa, si porti appello al giudizio di seconda istanza territoriale anzichè a quello di rinvio (1). È forse lecito dire che l'errore commesso smentisce la serietà dell'intenzione di reclamare dalla sentenza? Non lo ammettiamo, perchè l'appellante può aver avute ragioni plausibili per credere che il giudice competente fosse quello a cui si indirizzò. Il vizio del suo atto non è dunque vizio essenziale e si applica allora la considerazione generale che la legge non commina espressamente la nullità della citazione fatta innanzi a giudice incompetente, laonde non è consentito all'interprete di creare cosiffatta sanzione.

L'atto d'appello, in questa seconda ipotesi, preserva adunque dalla decadenza; e poichè non abbiamo uno speciale termine assegnato dalla legge per reiterare la citazione e portare la lite innanzi al giudice competente è giocoforza ritenere che il giudizio d'appello *si ha per istituito dalla data della citazione presso il magistrato incompetente* e può essere proseguito e ricondotto *ad viam juris,* durante tutto il periodo normale della vita di un giudizio e cioè *sino a quando non si verifichi il termine della perenzione d'istanza,* della quale si parlerà nel titolo seguente.

---

(1) Sono questi i casi (vedasi in proposito il n. 643) nei quali la controversia ha occupato la giurisprudenza, provocando responsi fra loro discordanti, come lo sono le opinioni degli scrittori. Ora sembra prevalere la soluzione qui sopra esposta, pur rinnovandosi di tratto in tratto talune pronunzie dissidenti. Non si può ammettere per altro la necessità che l'errore dell'appellante risulti commesso in buona fede, come opinano alcuni; giacchè la ricerca di questo elemento è estranea alle disposizioni di legge da cui attingesi la decisione della controversia.

613. Poichè la legge 31 marzo 1901 stabilì come regola che tutte le citazioni siano fatte per comparire a udienza fissa, e soltanto concesse l'uso del procedimento formale in continuazione di giudizio, quando il bisogno lo richieda, parve opportuno e logico stabilire che la citazione con cui viene proposto un appello principale sia eseguita a udienza fissa anche nei casi nei quali in prima istanza fosse stata ordinata la mutazione del rito (articolo 11 delle disposizioni approvate con r. d. 31 agosto 1901). Infatti la ragione che determinò il cambiamento del rito può presumersi, d'ordinario, cessata colla chiusura del periodo d'istruzione in primo grado. Se poi si verificasse di nuovo in appello la opportunità di adottare il rito formale (ipotesi piuttosto eccezionale e quasi inverosimile) sarà facile provvedervi dopo la costituzione delle parti all'udienza.

La stessa norma (articolo citato) è comune anche agli altri mezzi di impugnazione delle sentenze, eccettuato naturalmente il ricorso per cassazione, che non richiede atto di citazione.

614. Dell'adesione non abbiamo bisogno di parlare in termini generali dopo la trattazione fatta nel capo primo di questo titolo (n. 569 e segg.). Le regole particolari per la proposta dell'*appello adesivo* sono semplicissime. Nel procedimento ordinario (sommario) si fa mediante la prima comparsa conclusionale che deve essere comunicata al più tardi nella udienza destinata per la discussione della causa davanti al collegio. Se fu ordinata la continuazione della causa a procedimento formale, l'appello adesivo può essere proposto nel termine per rispondere, successivo alla scadenza di quello stabilito nell'ultimo capoverso dell'art. 2 della legge 31 marzo 1901, vale a dire nel termine stesso dato al convenuto per rispondere. Vedasi a complemento quanto esponiamo qui appresso circa l'appello incidentale.

615. L'appello incidentale nel procedimento ordinario è parimenti proposto con la prima comparsa conclusionale che l'appellato comunica. Non essendo egli obbligato a tale comunicazione prima dell'udienza stabilita per la discussione davanti al collegio, è questa udienza che segna il limite estremo del termine all'uopo concesso. Ma

siccome la prima comparsa conclusionale può essere comunicata anche in udienza anteriore a quella della discussione, l'appellato che in codesta prima comparsa non proponesse l'appello incidentale decadrebbe dalla facoltà di giovarsene. La stessa osservazione vale per l'appello adesivo di cui parlammo nel numero precedente. Siccome poi l'uso del procedimento formale diventò eccezionale per effetto della legge 31 marzo 1901, e non vi si fa luogo che *in proseguimento di causa*, cioè dopo che questa fu portata all'udienza e le parti vi sono costituite, sarebbe stato eccessivo permettere che l'appellato potesse protrarre la introduzione dell'appello incidentale, in questo caso, come concedeva l'art. 487 del codice (fino alla prima risposta anteriore alla iscrizione della causa a ruolo); e fu quindi stabilito che debba proporlo *nel termine per rispondere,* come fu detto dianzi per l'appello adesivo. Si noti, tuttavia, che l'appellato potrà profittare di questo ulteriore termine solo a condizione che non avesse già comunicato alla udienza una *prima comparsa conclusionale,* antecedentemente all'ordine di mutazione del rito. Imperocchè se avesse comunicato una simile comparsa, senza proporre nella medesima l'appello incidentale, dovrebbe considerarsi decaduto da esso.

Tali regole e quelle dianzi enunciate circa il termine per l'appello adesivo, furono dettate nell'art. 54 delle più volte citate disposizioni per l'attuazione della legge del 31 marzo 1901. Nel medesimo articolo (primo capoverso) è pure disposto che la comparsa con cui si propone l'appello incidentale debba essere notificata all'appellante, nel caso di sua contumacia.

616. L'appello incidentale può essere proposto entro i menzionati termini quantunque essi vadano a compiersi al di là dell'estremo giorno che sarebbe utile all'appellato per proporre appello principale. Il legislatore nello stabilire ciò (art. 485 capoverso) ha certamente considerato che colui il quale è in parte soccombente nel giudizio ed avrebbe quindi interesse ad appellare dalla sentenza di primo grado, nel momento in cui riceve l'intimazione dell'appello principale del suo avversario per altra parte soccombente, vede

venir meno a sè il bisogno di istituire apposito giudizio mediante nuova citazione. È la citazione stessa dell'appellante principale che interrompe la decorrenza del termine per ambedue i contendenti, laonde non si può nemmeno considerare un trattamento di favore la maggiore larghezza di tempo utile alla introduzione, concessa all'appello incidentale. Questa considerazione avvalora la tesi sviluppata precedentemente (num. 608 *bis*) circa l'indole caratteristica dell'appello incidentale nella nostra legislazione.

Ma perchè l'atto d'appello principale possa far cessare la decorrenza del termine così per l'appellante come per l'appellato, è indispensabile che esso sia stato notificato *entro il termine;* senza di che non avendo codesto effetto per l'appellante non lo ha nemmeno per l'appellato; a carico di entrambi si è ormai verificato il passaggio in giudicato della sentenza e la negligenza dell'uno non può essere scusata da quella dell'altro. A ragione perciò l'articolo 487 nel capoverso dichiara inefficace l'appello incidentale, se il principale sia rigettato per essere stato proposto fuori termine.

Negli altri casi, in cui l'appello principale sia respinto per ragioni di merito, od anche rigettato senza esame per qualsivoglia motivo processuale, ciò non pregiudica la validità dell'appello incidentale. La stessa *nullità* dell'appello principale è per questo rapporto indifferente. È ben vero, infatti, che una citazione d'appello nulla non fa cessare la decorrenza del termine, ma l'effetto della nullità ricade soltanto sopra il suo autore; quegli che vi ha dato causa non può opporla agli avversari, dichiara nel suo capoverso l'art. 57 (v. n. 68), e contraddirebbe a questa giustissima regola chi ammettesse l'appellante principale a giovarsi della nullità del suo appello, come di obbietto contro la proponibilità dell'appello incidentale. Neppure la rinunzia all'appello principale toglie la validità di quello incidentale regolarmente proposto. Su ciò non cade dubbio quando si contempla l'ipotesi di rinunzia *posteriore* alla proposta dell'appello incidentale. Ma pel caso in cui la rinunzia sia *anteriore* alla dichiarazione dell'appello incidentale, è viva la controversia sul tema della successiva proponibilità di

quest'ultimo. Noi distinguiamo fra il caso in cui l'appellato principale abbia accettato la rinunzia dell'appellante e quello in cui non l'abbia accettata. L'accettazione, chiudendo il processo di seconda istanza, interdice la proponibilità dell'appello incidentale; invece il diritto di proporlo rimane salvo nel caso di rinunzia non accettata. Poichè la legge richiede, come condizione a che sorga il diritto all'appello incidentale, la proposizione in termine di un appello principale, non si può ammettere, senza suggellare una palese ingiustizia, che un successivo e contingente atto di volontà (che può essere anche preordinato in mala fede) dell'appellante principale, spogli l'appellato di quel diritto che la legge gli ha conferito e per l'esercizio del quale essa gli ha assegnato un termine non ancora spirato (1).

617. Da quanto precede risulta chiaro come la legge nel regolare l'appello incidentale si fondi sul presupposto che sia comune all'appellante principale ed all'incidentale il termine per impugnare la sentenza; od in altre parole, che l'uno di essi sia stato l'autore della notificazione della sentenza e l'altro il notificato, e che fra i due passi una vera e propria opposizione d'interessi rispetto alla decisione nella sentenza stessa contenuta. Questi concetti, che è facile desumere dalla legge, risolvono il dubbio della pratica se l'appello incidentale possa essere proposto dall'appellato soltanto contro l'appellante, od anco possa invece venir proposto contro un coappellato. È chiaro che la legge intende si possa usarne soltanto in confronto dell'appellante, il che del resto consuona appieno col suo carattere estrinseco di *domanda riconvenzionale* proposta contro l'appello principale. Non dobbiamo tacere che trova difensori autorevoli l'opinione che in alcuni casi possa da un appellato essere proposto appello incidentale contro altro coappellato. Ma l'analisi dei casi a cui viene indicata come applicabile

(1) In senso contrario si consultino: cass. Torino, 23 febbraio 1894 e 12 aprile stesso anno (*Giur. It.*, 1894, I, 1, 460 e 763); cass. Roma, 2 luglio 1894 (*ivi*, 769); cass. Firenze, 4 aprile 1895 (*ivi*, 1895, I, 1, 920). Sono invece conformi: cass. Torino, 12 settembre 1895 (*ivi*. 1895, I, 1, 1008); cass. Palermo, 5 ottobre 1882 (*ivi*, 1883, I, 1, 189), non che parecchie corti d'appello e la maggioranza degli scrittori.

questa regola, dimostra che essa è assolutamente infondata (1).

È interessante la questione se il soccombente il quale abbia già prestata *acquiescenza,* per quel che concerne il proprio interesse, alla sentenza di primo grado, possa poi malgrado ciò appellare dalla medesima in via incidentale quando sia citato dall'avversario per difendersi dall'appello principale di costui. Non abbiamo motivo per abbandonare la soluzione esposta nel n. 546. Anzi troviamo una considerazione da aggiungere ed è la seguente: La legge autorizza l'appello incidentale considerando che l'appellato ne acquisti il diritto al momento in cui gli è intimato l'appello principale, perchè *in quel momento* vige tuttora anche per lui il termine utile ad appellare. Ma il termine corre per ciascuna delle parti nel suo personale interesse; ora, per colui che prestò acquiescenza il termine si è chiuso nel momento di questa prestazione, significando essa rinunzia al diritto d'impugnare la sentenza. Una volta ch'è *già chiuso,* non può concepirsi che l'appello dell'avversario lo trovi *ancora aperto.*

618. Del rimanente, il capoverso dell'art. 485 dice in modo troppo reciso che l'appello incidentale può essere proposto *contro qualunque capo della sentenza,* perchè sia accettabile l'insegnamento che le domande dell'appellante incidentale debbono avere una estensione minore di quelle dell'appellante principale, od anzi una tal quale contenenza in esse. Il contrario è da ritenere in via assoluta; per guisa che se, ad esempio, il vincitore nel merito appella in via principale dal capo della sentenza che pronunziò la compensazione delle spese, potrà l'appellato valersi dell'appello incidentale per chiedere la riforma nel merito.

619. Dobbiamo ora occuparci dell'argomento grave e controverso, del *rigetto dell'appello senza esame,* prendendo

---

(1) Per tale analisi dobbiamo rinviare al nostro trattato sull'*Appello civile,* nn. 1564 a 1577, essendo impossibile riassumerla qui con la brevità che si richiederebbe. Avvertiamo solamente, con sicurezza di non equivocare, che la tesi contraria non ha verun appoggio *positivo* nella giurisprudenza, non potendosi dare autorità di giurisprudenza stabilita a qualche frase poco meditata, che può leggersi per avventura in qualche motivazione di sentenza, con la forma di proposizione ipotetica od incidentale sempre superflua ed estranea alle ragioni del decidere.

innanzi tutto a considerare il carattere genuino della disposizione dell'articolo 489 del codice ed esponendo indi le conseguenze logiche e necessarie che derivarono dal suo coordinamento alla legge sul procedimento sommario 31 marzo 1901.

L'art. 489 contempla le due ipotesi: 1° che l'appellante non comparisca; 2° che, comparendo non comunichi la sentenza appellata e gli atti e documenti del primo giudizio. La legge fa menzione, oltre che della sentenza e degli atti, anche del mandato. Ma la presentazione del mandato nelle forme rituali è uno degli elementi della regolare comparizione; e concerne dunque la prima ipotesi meglio che la seconda. Quanto agli atti e documenti del primo giudizio è pacifico che l'obbligo di presentazione in appello riguarda quelli necessari per l'esame e la decisione sui motivi di fatto e di diritto del gravame; quindi non nuoce la omissione di quelli superflui a tal fine, o di quelli che siano riassunti o riprodotti in altri, senza che si controverta intorno alla esattezza del riassunto o della riproduzione. I documenti comuni ad entrambe le parti (p. es. i processi verbali originali di cui è menzione nell'art. 435 del codice di procedura), dei quali debba fornirsi cognizione al magistrato d'appello, devono essere pure presentati dall'appellante, che, all'uopo, ne richiederà copia legale. In via di eccezione, l'art. 239 del regolamento giudiziario restringe tale obbligo relativamente ai giudizi di graduazione; e stabilisce che l'appellante debba soltanto richiedere al cancelliere, anticipandone le spese, la trasmissione di tutti gli atti della procedura (che sono appunto comuni ai contendenti) alla cancelleria dell'autorità giudiziaria superiore; salvo che l'appello rifletta solamente alcuno dei capi della sentenza, nel qual caso riprende vigore la norma comune e l'appellante deve estrarre e produrre le copie degli atti che gli abbisognano. Con l'art. 52 delle disposizioni sul procedimento sommario (r. d. 31 agosto 1901) la facilitazione del citato articolo 239 fu estesa alle controversie in materia di fallimento e a quelle che sorgono, a sensi degli articoli 323 e 890 del codice di procedura, nei giudizi per rendimento di conti o per divisione.

L'obbligo di presentare in giudizio d'appello la sentenza impugnata è ristretto, a sua volta, dalla disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 489, alla produzione della copia che fu notificata all'appellante, nel caso che la notificazione abbia avuto luogo. Infatti l'appellante ha diritto ed obbligo, in una, di considerare accertato da quella copia il testo della decisione e di trarre consiglio esclusivamente dal contenuto di essa per valutare le ragioni e opportunità d'impugnarla.

Quale sanzione è stabilita per l'inadempimento degli obblighi summenzionati? La legge, nel testo che stiamo esaminando, commina all'appellante che non comparisce o non presenta gli atti prescritti, *il rigetto dell'appello,* però a condizione *che l'appellato comparso ne faccia domanda.* Il rigetto d'appello, o rigetto *senza esame,* o *deserzione,* è dunque la conseguenza che sorge dal concorso di tre elementi: 1° Inadempimento degli obblighi processuali dell'appellante; 2° adempimento di quelli dell'appellato; 3° Domanda specifica dell'appellato per tale pronunzia. Intorno a questo ultimo elemento è da osservare che l'obbligo della comunicazione è, prima di tutto, destinato a mettere la parte avversaria in grado di difendersi, prendendo notizia dei mezzi di attacco di chi agisce. Ma l'appellato potrebbe stimare utile a sè l'esame integrale della controversia da parte del giudice d'appello; invero, una volta instaurato il processo in secondo grado sul tema: *se il giudice di primo grado abbia bene o male giudicato,* niuno può disconoscere il diritto dell'appellato a far decidere tale questione nei suoi termini precisi. In simile caso, egli sarà tenuto a fornire gli elementi richiesti per la cognizione del merito. Talvolta l'appellato può avere bisogno di seguire questa linea di condotta, per proporre e far decidere, ad esempio, un suo appello incidentale, relativo a questione inscindibilmente connessa con quella che sarebbe oggetto dell'appello principale. In ogni modo è chiaro che il rigetto dell'appello, in danno dell'appellante, non possa mai essere pronunziato d'uffizio dal magistrato, se l'appellato rinunzi, nel proprio interesse, a farne domanda.

Abbiamo detto che l'appellato deve essere comparso. Se nessuno comparisse in seguito alla citazione d'appello,

l'unico modo di proseguire e far decidere il giudizio sarebbe la rinnovazione della citazione a cura della parte più diligente. Fin che vigeva come rito ordinario il procedimento formale, la legge poteva considerare la eventualità che l'appellato comparisse al di là del termine, notificando la costituzione del suo procuratore all'appellante. Ora che, come spiegheremo fra breve, l'art. 489 non può avere applicazione se non nel procedimento sommario, la ipotesi di tardiva comparizione dell'appellato non si verificherebbe se non nel caso che l'appellante comparso all'udienza, in contumacia dell'appellato, avesse chiesto un rinvio, e l'appellato si presentasse alla nuova udienza; oppure nella ipotesi che, discussa la causa dal solo appellante, l'appellato contumace facesse uso della tardiva comparizione a norma dell'articolo 386 del codice. Verificandosi una di queste circostanze non si potrebbe negare all'appellato il diritto di chiedere (concorrendone i motivi) il rigetto senza esame dell'appello; perchè, stando al testo letterale dell'articolo 489, è solo nel procedimento formale che l'appellato *doveva comparire nel termine della citazione* per avere diritto a proporre quella domanda; e perchè, in sostanza, proponendola, egli si vale di un mezzo di difesa ordinario, come or ora diremo; ed infine perchè se l'appellante, per quanto comparso, non ha prodotti gli atti del primo giudizio e la sentenza, è vano pretendere che l'autorità giudiziaria superiore possa esaminare *nel merito* le ragioni del di lui appello.

La stessa facoltà compete all'appellato nell'ipotesi dianzi accennata, che all'udienza indetta dall'appellante non fosse comparso nè l'uno nè l'altro litigante; e dopo nuova citazione, fatta, da qualunque dei due, l'appellante fosse caduto in uno degli inadempimenti preveduti dalla legge. Anche se la nuova citazione fosse stata fatta dall'appellato, diciamo: imperocchè l'appellante non perde con questo la sua qualità processuale, nè è sollevato dagli obblighi normali ad essa inerenti.

Fu quindi ritenuto dalla giurisprudenza anteriore, e fu sanzionato nell'art. 51, terzo e quarto capoverso, delle disposizioni sul procedimento sommario 31 agosto 1901, che

qualora l'appellato si valga della facoltà di controcitare l'appellante a termine più breve di quello da lui assegnato (facoltà sanzionata dall'art. 1 della legge 31 marzo 1901) l'applicazione della comminatoria dell'art. 489 ha luogo alla udienza indetta dall'appellato, purchè, è superfluo dirlo, egli abbia osservato il termine legale e la sua citazione sia regolarmente notificata. Il menzionato art. 51 delle predette disposizioni aggiunge per tutela dell'appellante una doppia salutare riserva. Quanto *alla mancata presentazione della sentenza e dei documenti, può darsi* che l'abbreviazione di termine operata dall'appellato costituisca, nelle circostanze specifiche del caso, un serio impedimento alla esecuzione puntuale degli obblighi dell'appellante, il quale avea giudicato necessario un più lungo termine di comparizione per mettersi in grado di apprestare e produrre i suoi mezzi di difesa. Perciò, se egli, comparendo all'udienza stabilita dall'appellato, *giustifichi di non aver potuto presentare la sentenza e gli altri atti e documenti,* è nel prudente arbitrio del presidente concedergli il rinvio della discussione (terzo capoverso dell'art. 51). Quanto poi *alla mancata comparizione dell'appellante,* all'udienza stabilita dall'appellato, è da ritenere in massima, che abbia tutte le conseguenze dell'ordinaria contumacia. Ma, data la gravità della sanzione che ne deriva, rimanendo irrimediabilmente perduta ogni possibilità di reclamo contro la sentenza di primo grado, parve equo, e, più che equo rigorosamente giusto, di subordinare simile risultato alla *certezza* che l'appellante sia stato consapevole della chiamata a più breve termine innanzi al magistrato. La certezza perfetta si ottiene, senza ombra di dubbio, quando il biglietto di controcitazione sia notificato *in persona propria.* Ma tale forma di notificazione non è necessaria, nè sempre possibile (articolo 3 del regio decreto 31 agosto 1901). Dovendosi perciò prevedere, come più frequente, il caso di notificazione non fatta in persona propria, fu prescritto che in tale ipotesi, a differenza che nel giudizio di primo grado, la contumacia dell'appellante non sia dichiarata se non dopo rinnovata la citazione per una successiva udienza. È ovvio che il presidente nel disporre il rinvio possa ridurre il termine, affinchè la dilazione sia contenuta in ragionevole

misura, per non rendere vano l'effetto dell'abbreviazione voluta dall'appellato (1).

619 *bis*. Fra gli interpreti dell'art. 489 prevalse e molto si diffuse, specialmente in alcune regioni, l'opinione che la sanzione nel medesimo contenuta abbia un carattere eccezionale, sia tutta propria del giudizio d'appello, e quasi porti gli estremi di una *pena*, dalla quale è colpita la negligenza dell'appellante, forse per avere scomodato inutilmente il magistrato superiore. L'idea, essenzialmente medievale, non ha base storica nè esegetica sufficiente. Appena che si ponga questa semplice domanda: quale giudizio potrebbe fare il magistrato d'appello *sul merito del reclamo*, nelle due ipotesi considerate dall'articolo 489, **anche se nel codice esso non fosse scritto**, il semplice buon senso detta la risposta inesorabile: che il magistrato dovrebbe pur sempre *respingere l'appello senza esame del merito*, e l'appellato avrebbe diritto di proporre analoga domanda, perchè appunto la condotta processuale dell'appellante *rende impossibile un tale esame* così all'appellato per difendersi, come al magistrato per sentenziare. Se egli è contumace, la sanzione dell'art. 489 coincide perfettamente con quella ordinaria dettata dall'art. 381 per il caso di contumacia dell'attore in primo grado; solo è variata la formola dell'istanza che l'appellato ha facoltà di proporre; egli non può, come il convenuto in primo grado, chiedere *l'assoluzione del giudizio* all'effetto di mantenere integra la possibilità di riproposizione della controversia; perchè la sospensione indefinita, a libito delle parti, di un reclamo contro sentenza del magistrato, non sarebbe consona agli interessi politico-sociali della buona e ordinata amministrazione della giustizia. Nemmeno può chiedere che si decida *in merito*, dichiarando *ben giudicata la lite dal magistrato inferiore*, solo per motivo della contumacia dell'appellante; imperocchè, se in prima istanza vale in tutto il rigore la regola: *actore non probante reus absolvitur*, l'adattamento di essa al giudizio d'appello è

(1) Questa disposizione, di cui non paiono dubitabili la giustizia e la legalità, fu suggerita dal Consiglio di Stato, nel parere dato sullo schema del decreto, in adunanza del 23 agosto 1901.

subordinato agli scopi e all'indole di questo, che sono scopi e motivi in parte d'interesse pubblico; onde non sarebbe comportabile che il magistrato d'appello, automaticamente, desse approvazione al contenuto di una sentenza di primo grado, solo e appunto perchè di questo contenuto non potè fare e non fece adeguato esame. È chiara, dunque, la ragione per cui alle due formole di assoluzione espresse nell'art. 381 debba pel giudizio d'appello essere surrogata quella del *rigetto senza esame,* che fotografa la situazione processuale delle parti con mirabile esattezza, epiloga il ragionevole pronunziato che può emettere nelle contingenze del caso il giudice superiore e, finalmente lascia intatta l'autorità della decisione di primo grado a profitto della parte vittoriosa.

Con le opportune variazioni, quanto fu osservato rispetto alla ipotesi di contumacia deve ripetersi per l'altra di omessa produzione della sentenza e dei documenti. In entrambe, la pronunzia dettata dall'art. 489 è la *conseguenza giuridica* di una situazione processuale che la produrrebbe egualmente, secondo i criteri della logica e del diritto, anche nel silenzio del codice. E se l'art. 489 chiarisce indubitabilmente che quella pronunzia non sia da emettere mai d'uffizio, tanto più nitida se ne ha la prova che non si tratti di una disposizione di carattere eccezionale e penale. Non tralasciamo di notare una singolarità: coloro che più insistono nell'attribuirle simile carattere criticano aspramente il legislatore per avere introdotto una pena dove non eravi ragione alcuna di stabilirla. E non si è riflettuto che la censura si ritorce a buon dritto su quegli interpreti che incolpano il legislatore di un pensiero giammai concepito.

620. Gli autori del codice, in conformità al generale sistema del procedimento in esso ordinato, considerarono come caso eccezionale quello di un appello (e conseguentemente del suo rigetto senza esame) in causa a rito sommario. Il diffondersi di questo rito nella pratica dei tribunali rese invece sempre più comune l'applicazione dell'art. 489 nelle cause sommarie, onde a proposito di essa nacquero le più forti difficoltà di interpretazione del testo, in gran parte generate dall'errore fondamentale della dottrina prevalente, che dianzi venne confutata.

La legge 31 marzo 1901, disponendo che la citazione sia sempre fatta a udienza fissa, rese ormai impossibile che l'articolo 489 riceva applicazione nel rito formale; però che gli inadempimenti processuali dell'appellante si accertino sempre all'udienza; e qualora si verifichino, e l'appellato chieda il rigetto dell'appello, evidentemente svanisca ogni più remota possibilità che le parti abbiano desiderio, o che il giudice ordini di continuare la causa col procedimento formale. Circoscritta esclusivamente l'applicazione del testo al procedimento sommario, la necessità di coordinarlo accuratamente col nuovo sistema processuale sorgeva spontanea dal considerare tre regole nuove in esso stabilite, che il legislatore del 1865 non aveva sicuramente potuto comprendere nelle sue previsioni, vale a dire:

1° la distinzione dell'udienza in due fasi, davanti al presidente e davanti al collegio;

2° la facoltà data all'attore (qui l'appellante) di depositare i documenti prima dell'udienza per darne comunicazione al convenuto;

3° la facoltà data espressamente al convenuto (qui l'appellato) di citare l'attore a termine più breve di quello da lui assegnato nella propria citazione.

Nelle disposizioni sul procedimento sommario, e precisamente nell'art. 51 già rammentato, furono risoluti i varii problemi di coordinamento che sotto gli indicati aspetti si presentavano.

Sul primo punto, e cioè allo scopo di coordinare l'istituto del rigetto senza esame con la distinzione dell'udienza in due periodi, era da decidere se la non comparizione dell'appellante nella prima fase (davanti al solo presidente), o la mancata produzione degli atti processuali in quella fase, facessero sorgere senz'altro nell'appellato il diritto di ottenere il rigetto dell'appello, anche se l'appellante riparasse le anteriori omissioni nella seconda fase, cioè quando la causa passa a discussione innanzi al collegio. Le menzionate disposizioni risolsero il dubbio in favore dell'appellante, per la ragione che l'udienza è unica e che, giusta il carattere del rito sommario dalla nuova legge ordinato, la udienza davanti al presidente non è che la preparazione

della discussione orale davanti al collegio; questa segna il momento decisivo in cui importa stabilire se e come le parti abbiano adempiuto i loro obblighi processuali. Se fosse avvenuto prima della discussione qualche rinvio, od anche scambio di comparse, ciò non influisce sul giudizio di rigetto, che è determinato esclusivamente dal contegno dell'appellante al momento della discussione orale. L'articolo 51 nel primo alinea dispone: « Il rigetto d'appello senza esame, a norma dell'art. 489 del codice di procedura civile, è pronunziato nel caso di non comparizione dell'appellante, *verificata al momento della discussione della causa davanti al collegio* ». Quindi, la comparizione o non comparizione innanzi al presidente, e in una o più udienze anteriori, non è motivo che rispettivamente determini o escluda il rigetto senza esame, se l'appellante, al momento in cui dovrebbe investire il collegio della cognizione del gravame e fornire gli elementi per la decisione adempie tali obblighi, o invece si allontana dal giudizio, togliendo all'avversario e al magistrato la possibilità dell'esame intorno al suo appello.

Questo per la non comparizione. Quanto alla produzione dei documenti, la questione del coordinamento fu considerata sotto due punti di vista, che hanno in comune l'ipotesi del deposito dei medesimi eseguito e notificato avanti l'udienza. È indubitabile che nel sistema del codice tale deposito, in una causa sommaria, non avrebbe avuto efficacia veruna, perchè la legge non gliene riconosceva affatto. Ma è altrettanto certo che la legge del 31 marzo 1901 attribuisce ad esso piena efficacia per la comunicazione dei documenti fra le parti; e quindi non si potrà mai dire che non sia avvenuta la comunicazione, dopo l'adempimento delle formalità preindicate (deposito e sua notificazione). Però, il deposito preventivo da solo non costituisce adempimento completo degli obblighi processuali dell'appellante, dovendo egli, in ogni caso, esibire la sentenza e i documenti all'udienza, durante la discussione orale, e dopo questa consegnarli al cancelliere.

Pertanto le due ipotesi dell'art. 51 delle disposizioni di coordinamento 31 agosto 1901 sono queste: che il deposito preventivo dei documenti sia susseguito dalla *contumacia*

dell'appellante; o che sia susseguito *dalla di lui comparizione, senza esibizione all'udienza delle prescritte carte processuali.* L'ultima ipotesi permetteva una soluzione semplicissima che si estende per analogia anche all'altro caso di deposito fatto e regolarmente comunicato nel corso delle udienze che precedettero quella della discussione orale. Qui gli estremi pel rigetto dell'appello, anche secondo la più rigida interpretazione dell'art. 489, mancano affatto, perchè l'appellante è presente in giudizio e l'appellato ebbe legale comunicazione da lui della sentenza e degli altri atti. Non vi è che una lacuna nella diligenza dell'appellante (del resto sarà ben raro che si verifichi), per non avere presentati all'udienza di discussione i documenti. Non derivandone un assoluto impedimento all'esame dell'appello (egli, invero, potrà tuttavia consegnarli più tardi al cancelliere) fu disposto nel penultimo capoverso dell'art. 51 che in questo caso non sia da pronunziare il rigetto. L'altra parte ha il diritto di chiedere che si esibiscano in udienza i documenti e il presidente provvederà all'uopo; se occorre, egli può ordinare un brevissimo rinvio.

Più grave è l'ipotesi della *contumacia.* Il deposito preventivo, per principio generale, non salva in questo caso dal rigetto dell'appello; infatti, quel deposito serve per la comunicazione all'altra parte, ma non per presentare la sentenza e gli altri atti al magistrato, essendo, a tal uopo, mestieri che la parte comparisca in giudizio. Nondimeno, se la non comparizione dell'appellante si considera, come è più corretto, quale rinunzia tacita al gravame, questa presunzione appare indebolita dal fatto della precedente comunicazione dei documenti. Se poi si considera come atto di negligenza meritevole di pena, come è opinione più volgare, sembra ancora giusto riconoscere che la diligenza attestata dal deposito preventivo e dalla sua notificazione attenua la colpa e fornisce motivo per alleviare la pena. Posto così il quesito, si reputò ragionevole risolverlo con un provvedimento di equità, quale si contiene nel primo capoverso del medesimo citato articolo 51: « L'appellante, che prima dell'udienza ha eseguito e notificato il deposito in cancelleria della sentenza appellata e degli atti e documenti del

primo giudizio necessari per l'esame dell'appello, può valersi della tardiva comparizione a norma del precedente art. 49 »; cioè, può chiedere la riapertura del contraddittorio fino alla prolazione della sentenza.

620 *bis*. In passato fu vivamente discusso tra gli interpreti dell'art. 489 se l'appellante contumace potesse valersi della facoltà della tardiva comparizione all'effetto di ripristinare il contraddittorio *sul merito dell'appello*. Benchè noi avessimo adottata e difesa più volte la soluzione affermativa (v. anche la precedente ediz. di questo libro, vol. II, n. 619 *bis*), tuttavia la giurisprudenza di quattro corti di cassazione regionali, avvalorata dall'autorità delle sezioni unite, sanzionò costantemente la interpretazione opposta, rimanendo isolata, nel senso che noi credemmo più esatto, la corte di cassazione di Napoli, non senza dare qualche recente segno di titubanza. In questo stato di cose era affatto ragionevole che il governo, nel dettare le disposizioni di coordinamento, prevedesse che la interpretazione finora più diffusa prevarrà anche in avvenire, non entrando d'altronde nel cómpito suo troncare, con le predette disposizioni, le dissidenze vecchie o nuove tra le corti. Stimò per altro che, per coordinare equamente la ipotesi del deposito preventivo fatto e notificato dall'appellante con quella della successiva di lui contumacia, fosse da concedere, quasi a correspettivo della iniziale diligenza, il beneficio della tardiva comparizione. Non si può dire che tale disposizione vada contro la legge, perchè indiscutibilmente la situazione a cui essa provvede non potè essere contemplata dal legislatore del 1865; nè si può considerarla soverchiamente benevola per l'appellante, essendo inoppugnabile che la sollecitudine da lui addimostrata col deposito dei documenti fa dubitare seriamente che la contumacia posteriore sia stata effetto di qualche forte e non colpevole ostacolo, anzi che di negligenza o del proposito di abbandonare l'appello.

Dal punto di vista di coloro che, al pari di noi, finora ritennero essere *sempre* lecita la tardiva comparizione dell'appellante per la ripristinazione del contraddittorio, potrebbesi dubitare se il governo, con la predetta disposizione di coordinamento non abbia modificato la legge, esorbitando

così dal proprio uffizio. Ma sembra agevole sbandire ogni scrupolo in proposito, mercè una breve riflessione. L'articolo 15 della legge 31 marzo 1901 confidò al governo un incarico che in parte notevole racchiudeva l'esercizio di funzione legislativa. Per coordinare alla nuova procedura sommaria le disposizioni del codice di procedura e delle altre leggi, era ben possibile e prevedibile che il governo si trovasse qualche volta di fronte a disposizioni di dubbia e controversa interpretazione, sì che il coordinamento non potesse essere eseguito se non adottando una piuttosto che altra interpretazione. Anzi è facile convincersi che una legge non può essere coordinata ad un'altra senza che sia stabilita la interpretazione di entrambe, come condizione necessaria a compiere il processo logico e giuridico del coordinamento. Se il governo seguì la più divulgata interpretazione dell'art. 489, ritenendo che in via normale esso non permetta all'appellante contumace la comparizione tardiva, non sconfinò adunque dall'orbita della podestà delegatagli e l'interprete deve uniformarsi alla massima ormai definitivamente stabilita. È però opportuno notare che tale massima non si fonda necessariamente sull'erroneo concetto che il rigetto dell'appello sia una *pena*, ma può benissimo armonizzare con quello della rinunzia tacita attestata dalla contumacia dell'appellante; essendo logico che tale rinunzia non sia lecito rivocare a capriccio e quasi a fine di tergiversazione, dopo che, per giunta, l'appellato chiaramente dimostrò di accettarla e di volerne profittare. Questo appare precisamente essere stato il pensiero del governo, che ritenne doversi ammettere la tardiva comparizione dell'appellante in quel caso appunto in cui manca la univocità degli elementi sui quali la presunzione della rinunzia d'ordinario è fondata.

620 *ter.* Riassumendo si ha che l'art. 489 del codice, messo in rapporto coll'art. 51 delle disposizioni sul procedimento sommario, deve essere applicato per l'avvenire in conformità ai seguenti criteri:

1° il rigetto dell'appello non può essere chiesto e pronunziato che nel procedimento sommario;

2° deve essere pronunziato se l'appellante non comparisce avanti il collegio all'udienza della discussione orale,

anche se fosse comparso in udienze anteriori, ovvero avanti il presidente nel primo periodo della medesima udienza;

3° però l'appellante *contumace*, che avesse preventivamente depositati i documenti prescritti, notificando il deposito con la citazione o con atto separato, può giovarsi della tardiva comparizione;

4° viceversa, questo beneficio non è dato all'appellante contumace negli altri casi, e non è dato all'appellante *non contumace*, che non sia comparso all'udienza di discussione;

5° l'appellante deve comunicare i documenti prescritti all'udienza in cui la causa viene effettivamente discussa, nè gli nuoce la mancanza di anteriore comunicazione;

6° se a quella udienza non li comunica, ma ne ha fatto e comunicato il deposito prima della comparizione o nel corso del giudizio, non incorre nel rigetto dell'appello;

7° qualora l'appellato si valga del diritto di abbreviare il termine, l'appellante deve comparire e comunicare gli atti e documenti, per non soggiacere al rigetto dell'appello se la causa è discussa all'udienza intimatagli (salvo l'obbligo di rinnovazione della controcitazione spiegato al n. 619 in fine); ma se comparendo giustifica di non potere presentare in tutto o in parte gli atti e documenti può ottenere all'uopo una dilazione;

8° infine è da tener presente che il deposito preventivo dei documenti e la relativa notificazione, per produrre gli effetti di favore menzionati ai nn. 3 e 6, non occorre siano stati eseguiti con la rigorosa osservanza dei termini fissati nell'art. 5 della legge 31 marzo 1901; imperocchè il rispetto di quei termini è condizione voluta allo scopo di poter esigere che la causa sia discussa nella prima udienza; e qui non è di ciò che si tratta, ma semplicemente del fatto che la comunicazione dei documenti è avvenuta, sì che l'obbligo processuale dell'appellante non può dirsi inadempiuto.

Tenendo conto delle difficoltà esegetiche e delle innumerevoli controversie presentatesi dal 1866 al 1901 intorno all'articolo 489, sembra prevedibile un effetto benefico dal complesso delle nuove norme che per l'avvenire ne disciplineranno l'attuazione. Non occorre dimostrare come sarebbe

utile per la semplicità, per la dignità, per la correttezza dell'amministrazione della giustizia, che l'esperienza confermasse siffatta previsione.

621. Ammesso dalla legge del 16 giugno 1892 l'appello per ragioni di merito da alcune sentenze dei conciliatori, sorgeva naturale il quesito se fosse estensibile anche a tale appello la disposizione in esame. Dapprima la giurisprudenza lo negò a buon diritto: giacchè, dovendo l'appello essere proposto con le forme dell'art. 459 del codice di procedura, sembrava incompatibile con queste la comminatoria del rigetto senza esame.

Avendo però la legge del 28 luglio 1895, nell'art. 2, ordinato che l'appello dalle sentenze di conciliatori, nelle cause di valore superiore a cinquanta lire, sia proposto con citazione a udienza fissa al pari delle altre ordinarie appellazioni, ne rimase completamente modificato il sistema di procedimento relativo. E così diventò applicabile anche a questi giudizi d'appello la duplice regola dell'articolo 489, come da recente giurisprudenza venne affermato.

621 *bis*. Il rigetto dell'appello senza esame, come già fu avvertito, non può essere pronunziato se non dietro apposita domanda dell'appellato. Questa parte della disposizione dell'art. 489 dà motivo a ritenere che l'appellato il quale presenta in causa la sentenza e gli atti del primo grado (o per lo meno quelli necessari per l'esame dell'appello) renda col proprio fatto irricevibile la domanda di rigetto che egli si avvisasse di proporre. Contraddirebbe invero alla realtà delle cose e al fatto proprio pretendendo che l'appello fosse respinto senza esame, per la impossibilità di questo, mentre i mezzi che lo rendono possibile ha posti egli medesimo a disposizione del giudice.

621 *ter*. Al rigetto dell'appello senza esame non sopravvive la facoltà di riproporlo neppur se vi fosse ancora tempo utile, o per non essere stata notificata la sentenza appellata o per non essere spirato il termine fatale dalla data della notificazione. La giurisprudenza non dubita più della verità di questa tesi, la quale riesce perspicua a chi rifletta che la sentenza di rigetto sancisce la tacita rinunzia all'appello e conferisce alla sentenza di primo grado l'autorità della cosa giudicata.

Si noti che dal tenore letterale dell'articolo risulta come l'obbligo predetto e la comminatoria che lo accompagna riferiscansi soltanto a chi si rende appellante in via principale. Tuttavia, in quanto la disposizione dell'articolo 489 è una conseguenza logica dei principii che regolano il sistema processuale, potranno darsi circostanze in cui sia legittimo invocarla per far respingere senza esame un appello incidentale o adesivo.

CAPO IV.

Ricorso per cassazione.

622. L'istituto della cassazione è destinato a mantenere uniformità nella intelligenza e nella osservanza della legge da parte dei magistrati che conoscono del merito delle liti. È questa, come lo dimostra lo studio delle moderne organizzazioni giudiziarie, condizione fondamentale e garanzia precipua di corretta amministrazione della giustizia, nei paesi di diritto codificato. In conseguenza, l'uffizio della corte di cassazione è di esaminare le decisioni ad essa denunziate, solamente dal punto di vista della loro conformità alla legge. Il fatto, qualunque sia stata la controversia agitatasi intorno ad esso, è ritenuto, in questo stadio di discussione, nei termini in cui lo accerta la sentenza impugnata e costituisce il caposaldo ossia il punto di partenza delle indagini dirette a riconoscere se la legge fu rispettata. Senza di che sarebbe impossibile l'esercizio della speciale giurisdizione assegnata alla corte suprema. Nè abbisogna di spiegazione la regola che dinanzi ad essa non sono proponibili *questioni nuove* poichè l'esame di queste sarebbe estraneo alla discussione sul buono o mal governo che i giudici inferiori abbiano fatto della legge. Soltanto sarà lecito proporre per la prima volta alla corte suprema quelle eccezioni che, sebbene non dedotte dalle parti, i giudici di merito avrebbero avuto il debito di rilevare d'uffizio per espressa disposizione di legge. Ma con ciò non si suscitano veramente questioni nuove, poichè si tratta di questioni

che erano insite nella controversia e che possono anche considerarsi decise implicitamente dal giudice inferiore, in quanto il silenzio suo significa in qualche modo la necessaria ripulsa delle conseguenze legali a cui avrebbe dovuto giungere una corretta decisione. Ed avvertasi che sovra tali eccezioni non possono avere luogo una disputa ed un esame in sede di ricorso per cassazione, quando per appurarne gli elementi siano necessarie indagini di fatto; vale a dire, quando l'eccezione non scaturisca logicamente come un corollario giuridico dallo stato dei fatti stabiliti nel giudizio di merito.

623. Quali sentenze possano essere impugnate col ricorso per cassazione lo dichiarano con linguaggio conforme il primo alinea dell'art. 517 e l'art. 123 della legge sull'ordinamento giudiziario: sono soltanto quelle *pronunziate in grado d'appello*. Potrebbe sembrare ragionevole che il rimedio fosse esteso anche alle sentenze *inappellabili*, se si considera che nell'autorità delle une e delle altre non v'è divario di sostanza. Ma questo sarà tutt'al più un legittimo motivo per dissentire dalla risoluzione accolta dal legislatore, non mai una buona ragione per sostenere che è ammesso il ricorso contro le sentenze inappellabili, sino a che vigono le citate disposizioni (1).

---

(1) Anche questo è un tema continuamente controverso. Per nostro avviso, chi combatte la soluzione da noi accettata chiude deliberatamente gli occhi dinanzi ad una delle evidenze più luminose che possa la mente dell'uomo imaginare. Tale evidenza è fornita dal testo dello articolo 123 della legge sull'ordinamento giudiziario, che vale la pena di trascrivere:

« La corte di cassazione conosce:

« 1° in materia civile e commerciale dei ricorsi per annullamento « delle sentenze *pronunciate in grado d'appello;*

« 2° in materia penale nei casi di annullamento delle sentenze *inappellabili o in grado d'appello....* ».

È egli mai possibile che il legislatore, il quale parlò così chiaro nel secondo comma, dove seppe tanto bene distinguere le sentenze *inappellabili* da quelle proferite *in grado d'appello*, abbia inteso dire la medesima cosa anche nel primo comma in cui si restrinse a parlare delle sentenze in grado d'appello?

Per sfuggire alla stretta di questa invincibile argomentazione, la corte suprema di Roma tentò scoprire un'antinomia fra il testo dell'articolo 123 e quello dell'art. 122, che stabilisce: « *La corte di cassazione è istituita per mantenere la esatta osservanza delle leggi* » (cass. Roma, 14 gennaio 1897, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 102). È però notevole che in altre

È anche più grave errore il credere che contro altre specie di provvedimenti dell'autorità giudiziaria possa essere sperimentato il ricorso per cassazione. In primo luogo l'avviso nostro è convalidato dal letterale tenore delle limitatrici disposizioni dianzi citate, repugnandoci di supporre che chi deliberò il codice e la legge sull'ordinamento giudiziario non sapesse valutare il significato delle parole « *sentenze pronunziate in grado d'appello* ». In secondo luogo, se pur sono possibili violazioni di legge in atti non contenziosi, quivi non è mai possibile la formazione di *res judicata;* onde si capisce che non sia stata ritenuta necessaria la guarentigia del ricorso per cassazione.

---

più recenti decisioni essa abbandonò siffatto ragionamento, che, a rigore di logica, condurrebbe ad autorizzare o legalizzare qualunque più incomportabile ingerenza che la corte di cassazione si arbitrasse di arrogarsi, perfino al di fuori della funzione giurisdizionale, per lo scopo di *mantenere la esatta osservanza delle leggi*. Questa nozione sconfinata manca di significato pratico, se non si appongono ad essa limiti certi e ben definiti. Tali limiti furono dati appunto nell'art. 123. Saranno buoni e plausibili, o saranno meno opportuni e censurabili; su di ciò l'interprete non ha voce. Certo è che l'art. 123 costituisce il completamento necessario del precedente; laonde non si può parlare di antinomia fra di essi.

Nè si vuol credere che la limitazione statuita nel primo comma dell'art. 123 sia capricciosa ed inconsapevole. Anzitutto, la perfetta consonanza fra quel testo e il primo inciso dell'art. 517 del codice di procedura elimina ogni dubbio di errore casuale di redazione. In secondo luogo vuolsi notare che il concetto di abbreviare alcune procedure, tenendo per sufficiente in esse *un solo esame* della controversia, ha per logico risultato di escludere *ogni ulteriore reclamo;* e così tanto l'appello che la cassazione. E questo fu senza dubbio il pensiero del legislatore.

A fortiori, abbiamo esclusa la proponibilità del ricorso per cassazione contro provvedimenti *che non sono sentenze* (ordinanze o decreti di camera di consiglio), e perfino mancanti del carattere di deliberazioni giudiziarie (decreti di commissioni pel gratuito patrocinio); anzi deploriamo che da alcune corti di cassazione venga, con la giurisprudenza favorevole a siffatti ricorsi, un non lodevole e clamoroso esempio di arbitraria sostituzione della volontà del magistrato a quella precisa e chiarissima del legislatore. V. cass. Roma, 24 marzo 1896, *Giur. it.*, I, 1, 313.

Le corti di cassazione di Napoli e di Palermo adottano interamente l'interpretazione da noi propugnata. Le altre sogliono fare certe distinzioni che si rivelano intuitivamente arbitrarie, ammettendo il ricorso per cassazione contro talune sentenze inappellabili e negandolo per altre; o non consentendolo per le sentenze inappellabili in genere, mentre poi lo ammettono contro i decreti pronunziati dalle commissioni pel gratuito patrocinio presso le corti d'appello. Tali incoerenze bastano a dimostrare la erroneità del sistema.

Però, fra le sentenze proferite in grado d'appello, crediamo debbansi annoverare quelle che sono emesse da un giudice di secondo grado, per giurisdizione diretta a lui attribuita, *omisso medio*, dalla legge. In questi casi, non è il secondo esame della controversia, ma bensì il primo, che manca; esso fu assorbito da quello del giudice superiore, il quale perciò non cessa dall'esercitare la propria giurisdizione nel grado che organicamente gli spetta. Quanto diciamo si applica particolarmente alle sentenze pronunziate dalle corti di appello nei giudizi di delibazione.

624. Le sentenze d'appello, se proferite in contumacia, possono essere soggette ad opposizione (v. n. 574). Il capoverso ultimo dell'articolo 517 non permette di ricorrere per cassazione contro di esse se non dopo scaduto il termine per fare opposizione; il che significa essere necessario che preceda la loro notificazione, mentre contro le sentenze in contraddittorio si può ricorrere per cassazione anche prima che siano notificate. Il termine a cui la detta disposizione allude non può essere che quello ordinario dell'art. 476. Proposto il ricorso cesserebbe per necessità di ragione il diritto riconosciuto al contumace dall'art. 477 nel caso che la sentenza non gli sia stata notificata in persona propria (v. n. 577).

625. Dalla teorica del rimedio di cui ragioniamo risulta stabilito che esso è concesso, in generale, tutte le volte che la legge sia stata violata. Il legislatore ha trovato opportuno per altro di specificare con tassativa enunciazione i casi nei quali è ammesso il ricorso per cassazione. Il suo provvedimento non manca di utilità, in quanto giova a prevenire incertezze e dissipare equivoci. La legge è violata quando è male interpretata; il che può aver luogo in due modi: intendendo male il pensiero del legislatore, e questo è *errore d'interpretazione;* decidendo la controversia in base ad una disposizione di legge che non si addice al rapporto giuridico in esame, ossia facendone *falsa applicazione.* Il legislatore adopera il nome di *violazione* per indicare specificatamente l'*errore d'interpretazione;* e così nel n. 3 dell'articolo 517 si vede stabilito come titolo per poter ricorrere in cassazione *la violazione o la falsa applicazione della legge.*

È questo si può dire in ordine logico il principale di tutti i titoli e virtualmente quello che abbraccia ogni altro.

Sono inoltre designati nel citato art. 517 gli altri seguenti motivi:

a) se le forme prescritte sotto pena di nullità siano state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata in guisa espressa o tacita. A schiarimento ricordiamo l'illustrazione degli articoli 190 e 191;

b) se la sentenza del giudice d'appello sia nulla a norma dell'art. 361. Questo articolo fu già esaminato (nn. 441, 442). Le nullità delle sentenze di primo grado, come ivi notammo, possono formare mezzo di gravame in appello; e solo ne potrebbe derivare titolo di cassazione *per violazione di legge* se, proposte al giudice d'appello, questi le avesse ingiustamente respinte;

c) se la sentenza abbia pronunciato *su cosa non domandata;*

d) se abbia aggiudicato *più di quello che era domandato;*

e) se abbia *omesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda* stati dedotti per conclusione speciale (1). Rispetto a queste tre ipotesi ricordiamo i principii generali svolti nel primo libro e segnatamente quanto fu detto al n. 34;

f) se contenga *disposizioni contraddittorie.* La contraddizione *nei motivi* e quella *fra i motivi ed il dispositivo* non sono contemplate dal legislatore. Per quanto censurabili, esse presentano, d'ordinario, una minore gravità della contraddizione fra due o più capi del dispositivo, la quale può rendere impossibile l'esecuzione della sentenza. Nei casi più gravi, la contraddizione assoluta nei motivi, o fra i motivi e il dispositivo, che renda completamente inafferrabile il pensiero del giudicante e oscura la espressione della sua volontà, darebbe luogo all'annullamento per mancanza di motivazione, cioè ad uno dei casi di nullità contemplati nell'art. 361 (v. sopra, lett. *b*). Invero, quando il legislatore impone ai giudici l'obbligo di *motivare* le sentenze, intende

---

(1) Non occorre il rimedio della cassazione quando la sentenza abbia omesso di pronunziare sulla domanda di rifusione delle spese, giacchè, in questo caso, giusta il capoverso ultimo dell'art. 370, si ripropone l'istanza al medesimo giudice (v. n. 451).

con ciò che essi diano ragione delle loro pronunzie, non già che accumulino incomposti periodi di scrittura, spensieratamente dettati, e inetti all'uffizio importantissimo della motivazione;

g) se sia *contraria ad altra sentenza precedente*, pronunziata tra le stesse parti sul medesimo oggetto e *passata in giudicato*, sempre che la sentenza che si impugna *abbia pronunziato sulla eccezione di cosa giudicata*. Se la parte che vi aveva interesse non ha dedotta innanzi il giudice d'appello l'eccezione di cosa giudicata, egli col non occuparsene non ha certamente violato la legge, la quale non gli può imporre l'obbligo di rilevarla d'uffizio. Per quanto sia grande l'importanza del rispetto alla *res judicata* e si connetta all'ordine pubblico, non poteva pertanto annoverarsi la sua violazione fra i titoli del ricorso per cassazione quando il trattarne costituirebbe in via assoluta una questione nuova dinanzi alla corte suprema. S'intende da sè che sebbene il n. 8 dell'art. 517 parli di sentenza *che abbia pronunziato* sulla eccezione di cosa giudicata, il ricorso può farsi anche quando, proposta l'eccezione, il giudice d'appello abbia *omesso di pronunziare* intorno ad essa; e ciò in appoggio al titolo precedentemente indicato sotto la lettera *e* (n. 6 dell'articolo 517). Per salvaguardare il rispetto della regiudicata nel caso in cui l'eccezione relativa non sia stata proposta nè in prima nè in seconda istanza, è conceduto invece della cassazione il rimedio della rivocazione, come si vedrà nel capo seguente (n. 654).

626. Ai titoli per i quali si può ricorrere alla corte di cassazione giusta l'art. 517, taluno crede di poter aggiungere quello del *travisamento del contratto*, vale a dire della arbitraria interpretazione operata dal giudice sui documenti contrattuali sottoposti al suo esame, per dedurne una significazione diversa da quella che emerge in modo chiaro e spontaneo dal loro linguaggio. Quantunque ad intervalli faccia capolino questa teorica in qualche sentenza di corte suprema, pure dalla grande maggioranza essa è riprovata. Infatti sarebbe troppo pericoloso ammettere che l'enumerazione fatta nell'art. 517 consenta alcuna estensione. Aggiungasi che la ricerca sulla questione del travisamento in un caso determinato, si risolve necessariamente in una indagine sui fatti

controversi e in un apprezzamento ai medesimi relativo; che il legislatore non ebbe di certo in animo di ammettere questo mezzo di cassazione, se prescrisse l'obbligo formale ai ricorrenti di indicare gli articoli di legge su cui si fonda il ricorso (art. 523 n. 4); ed infine, che la nozione del *travisamento* è talmente vaga ed elastica, da non potersene delineare con sicurezza i confini.

627. Abbiamo già detto che il reclamo avanti la corte di cassazione non si promuove con citazione ma con ricorso. Esso però è notificato nella forma delle citazioni e può esserne autorizzata anche la notificazione per pubblici proclami (articolo 525). In sostanza equivale alla citazione, giacchè apre un contraddittorio ed inizia la decorrenza di un termine per comparire. Siccome però non si fa luogo ad *istruttoria* ma semplicemente a *discussione*, così la forma del ricorso parve più adatta; in esso non trovano quindi luogo nè l'invito formale a comparire, che è implicito nel fatto della notificazione, nè la prefissione di un termine per la comparizione, provvedendo la legge alla uniforme assegnazione dei termini per lo svolgimento della procedura.

Il termine per la proposizione del ricorso, ossia per la sua notificazione, decorre dal giorno in cui viene notificata la sentenza di appello, salvo il caso che questa sia contumaciale, poichè allora si computa dal giorno successivo a quello in cui è scaduto il termine per l'opposizione (v. n. 624). Si tratti di sentenza di pretore, di tribunale, di corte d'appello, o di qualsiasi altra giurisdizione, il termine è sempre di *novanta giorni*, anche a favore di chi abita in paese straniero purchè in Europa; è raddoppiato a favore di chi abita fuori di Europa (art. 518). Considerando che il ricorso è l'unico atto scritto con cui il reclamante svolge le sue ragioni contro la sentenza, e che per l'indole propria deve essere preceduto da uno studio diligente e maturo, non pare che la misura del termine sia esuberante.

Della facoltà data al pubblico ministero di denunziare alla corte di cassazione le sentenze civili (art. 519) e degli effetti del suo ricorso abbiamo già fatto cenno (n. 32). Codesta facoltà non è vincolata ad alcun termine perentorio, bensì a uno dilatorio, in quanto che può essere esercitata soltanto

dopo trascorso fra le parti il termine perentorio, senza che siavi stato ricorso, ovvero dopo che al ricorso prodotto siasi rinunziato. Per tale maniera però, se la sentenza di appello non viene notificata, perchè prima della notificazione il soccombente l'accetta e l'eseguisce, o le parti transigono la lite, il diritto di ricorso del pubblico ministero rimane lettera morta. Il che, praticamente, non sembra difetto di grande importanza.

628. Alla parte che vuol ricorrere per cassazione è prescritto di prestare una specie di cauzione, destinata, secondo esprime la relazione Pisanelli, a freno salutare contro la velleità del litigio. Consiste essa nel deposito presso l'uffizio del registro di una somma che viene restituita in caso di vittoria del ricorrente e confiscata a titolo di multa se egli soccombe. La scienza è contraria a questa ed alle consimili misure. Esse non raggiungono l'intento a cui mirano, nè mai potrebbero raggiungerlo: avvegnachè, o il deposito prescritto è troppo forte e diventa più spesso un impedimento ad ottenere giustizia che un ostacolo alle tergiversazioni; od è di poca somma e non trattiene nessuno dallo sperimentare le sorti del reclamo.

Il deposito ordinato dall'art. 521 è di lire centocinquanta se la sentenza impugnata sia di corte d'appello, di lire settantacinque se sia di tribunale, di venticinque se di pretore.

Sono dispensati dal deposito lo stato e le persone ammesse pel giudizio di cassazione al benefizio dei poveri. Lo sono inoltre i notari pei ricorsi in materia disciplinare (art. 128 della legge 25 maggio 1879). La dispensa è conceduta anche pei ricorsi in materia elettorale politica ed amministrativa.

Se con un medesimo ricorso si impugnano più sentenze proferite *nello stesso giudizio*, basta un solo deposito; il nome di *giudizio* si applica a *tutte le fasi dell'azione* complessivamente; per cui tanto se si impugnano insieme una sentenza interlocutoria e la definitiva che vi fece seguito, come se si impugnano quella contumaciale con quella sulla opposizione, quella data nel giudizio ordinario con quella proferita in sede di rivocazione, la regola accennata sta sempre ferma. È ammesso che basti un solo deposito anche allorquando una sentenza è impugnata da più persone, col medesimo ricorso

e *per lo stesso interesse.* Avere lo *stesso interesse* non è ugual cosa come avere *interesse comune;* conviene pertanto che siano identici pei reclamanti il *titolo* e l'*oggetto* della soccombenza (capov. art. 500 e capov. ultimo art. 521).

629. Coloro che hanno semplice comunanza d'interesse, possono presentare un ricorso cumulativo, eseguendo però tanti depositi separati; possono ricorrere ciascuno per proprio conto isolatamente; possono infine alcuni di essi *aderire* al primo ricorso presentato. La adesione si effettua mediante un ricorso *ad hoc*, preceduto esso pure dal deposito per la multa, che deve notificarsi all'avvocato del ricorrente ed alle altre parti in causa, nel termine di trenta giorni dalla notificazione del ricorso principale e si presenta alla cancelleria della corte nei venti giorni successivi, come sarà detto qui appresso pel ricorso principale (art. 529).

630. Il ricorso per cassazione (ed il ricorso per adesione del pari) contiene il nome, il cognome, la residenza, il domicilio della parte ricorrente, di quella contro cui si ricorre e, se del caso, dello aderente, non che la data della sentenza impugnata e quella della notificazione, od il cenno che questa non è avvenuta. Contiene inoltre la esposizione sommaria *dei fatti* e lo svolgimento *dei motivi* per i quali si chiede la cassazione, con la indicazione degli articoli di legge su cui si fondano (art. 523). Nulla di più semplice di queste forme le quali sono suggerite dall'indole del reclamo e dallo scopo dell'atto.

Nel pronunziare sopra le inosservanze delle ora indicate prescrizioni che qualche volta nella pratica si verificano, la giurisprudenza si ispira a criterî di ragionata equità. Quindi se non sia indicata la data della notificazione della sentenza impugnata, ma vi sia supplito con equipollenti, ovvero essa risulti dallo stesso certificato di notificazione annesso alla sentenza e compreso fra i documenti uniti al ricorso, non vi ha nullità. Si è pur molto benigni nell'interpretare il precetto relativo alla esposizione sommaria dei fatti. Richiedesi invece con un certo rigore che sia obbedito quello concernente la indicazione degli articoli di legge violati; nè si ritiene valevole la censura di violazione *dei principii generali di diritto* o *delle disposizioni di questa o di quella legge* in via

generica, ecc. Nemmeno sarebbe ammissibile, secondo noi, il ricorso fondato sulla violazione di consuetudini, o di testi del diritto romano, o di leggi straniere, l'applicazione delle quali sia occorsa nella causa. In tutti questi casi, invero, si esce fuori dall'orbita di quelle indagini che corrispondono all'istituto della corte di cassazione.

631. Il ricorso è firmato da un avvocato ammesso al patrocinio dinanzi la corte suprema, secondo le norme date nell'articolo 15 della legge 8 giugno 1874. La sottoscrizione dell'avvocato importa elezione di domicilio presso di lui, o presso la persona o l'uffizio indicati nel ricorso e residenti nel comune dove ha sede la corte quando l'avvocato abiti altrove. Le notificazioni al ricorrente vengono eseguite nella cancelleria della corte, se il suo avvocato, non risiedendo nel comune, abbia omesso di eleggervi domicilio (articoli 522 e 524).

L'avvocato che sottoscrive il ricorso deve essere munito di *mandato speciale* (vedi n. 46). Nel richiederlo, la legge è coerente al suo criterio secondo il quale considera la cassazione un rimedio straordinario. Il che posto, sono logiche le conseguenze che il mandato deve essere di data anteriore alla notificazione del ricorso, che deve contenere la menzione non equivoca della sentenza da impugnarsi, che la podestà dell'avvocato di patrocinare presso la corte deve pur preesistere alla notificazione del ricorso, che infine il mandante deve essere capace di agire e munito delle necessarie autorizzazioni quando del caso; e se il mandato all'avvocato è rilasciato da un procuratore *ad negotia*, questo a sua volta deve possedere la facoltà speciale della rappresentanza nel giudizio di cassazione. Le irregolarità del mandato, risultanti dalla inosservanza di queste norme, renderebbero irricevibile il ricorso (1).

---

(1) Con singolare aberrazione fu deciso reiteratamente dalla corte di cassazione di Firenze, nell'anno 1896, che il mandato deve contenere pure la esplicita autorizzazione dell' avvocato perchè *sottoscriva* il ricorso. Non rammentiamo questa strana giurisprudenza, che suscitò vive ed universali riprovazioni, sì che i suoi creatori dovettero ben presto rinnegarla, se non per mettere in guardia contro eventuali tentativi di riproduzione.

632. Va unita al ricorso, a seconda dei casi, e notificata insieme ad esso, la copia del certificato dell'eseguito deposito o del decreto di ammessione al gratuito patrocinio, la conformità delle quali è attestata dalla sottoscrizione dell'usciere. Possono questi atti venire notificati anche separatamente dal ricorso, purchè nel termine perentorio utile a ricorrere (art. 525). Va unito sempre al ricorso l'elenco degli atti di cui la legge prescrive il deposito; la notificazione del ricorso importa offerta di comunicazione dei medesimi (articolo citato, capoverso primo).

633. Il ricorrente deve presentare alla cancelleria della corte entro trenta giorni successivi alla notificazione (od alla ultima notificazione, se ne siano state eseguite parecchie in giorni diversi) il ricorso coll'atto originale di notificazione e coi documenti. Il cancelliere ne fa registrazione e ne rilascia ricevuta. La consegna si deve fare *nella cancelleria* e nell'orario d'uffizio, essendo inefficace ogni consegna fatta in altro luogo od in ora in cui l'uffizio sia già chiuso, quantunque l'ultimo giorno del termine si trovi ancora in corso (art. 526 e 527). Però, l'osservanza di simili norme non esclude che la consegna possa essere fatta per mezzo di un qualsiasi incaricato del ricorrente, e quindi anche per mezzo postale.

I documenti di cui è prescritta la produzione sono: 1° il mandato per l'avvocato che sottoscrisse il ricorso; 2° il certificato del deposito (in originale) od il decreto d'ammissione al gratuito patrocinio quando l'uno o l'altro occorre; 3° la copia autentica della sentenza impugnata; 4° gli atti e documenti su cui il ricorso è fondato; 5° l'elenco di tutte le carte presentate (capov. dell'art. 523).

La legge non prescrive che si producano tutti gli atti e documenti dei giudizi di merito. Bastano quelli di cui l'esame è necessario per conoscere delle questioni sollevate col ricorso, il quale naturalmente può investire anche un solo capo della sentenza. Del resto non si potrebbe ammettere, per l'indole del rimedio in discorso, la presentazione di atti o documenti che non abbiano appartenuto ai contraddittorii anteriori.

Il ricorso, quando non sia stato notificato e presentato alla cancelleria nei termini e nelle forme stabiliti, ovvero,

quando non siano state depositate le carte preindicate od alcune di esse, deve essere dichiarato inammissibile e non può essere riproposto (art. 528). In questi casi non si fa neppur luogo alla discussione orale, ma l'inammissibilità viene dichiarata in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, con provvedimento motivato; il ricorrente soggiace alla perdita del deposito (art. 292 regol. giudiziario).

I documenti del ricorrente sono dal cancelliere comunicati, con facoltà di portarli fuori della cancelleria, all'avvocato ammesso a patrocinare innanzi la corte, che si presenti munito di mandato speciale della parte a cui il ricorso fu notificato; per ispezionarli in cancelleria, basta che l'avvocato sia munito della copia notificata del ricorso (art. 530). Pel caso che sieno parecchi gli interessati ad avere la comunicazione, provvede l'art. 290 del regol. giudiziario.

634. La parte a cui è intimato il ricorso ha diritto di presentare un controricorso per discuterlo e confutarlo; il controricorso deve essere sottoscritto da un avvocato patrocinante presso la corte suprema, munito di speciale mandato. Per la presentazione è dato il termine di trenta giorni successivi alla scadenza di quello assegnato al ricorrente per depositare in cancelleria il ricorso e le carte annesse. Il termine stabilito pel controricorso è prefinito anche per la restituzione delle carte depositate dalla parte ricorrente, qualora ne sia stata presa comunicazione. Il controricorso si notifica al ricorrente nel domicilio del suo avvocato, od a quello eletto nel comune (v. n. 631); e in difetto, nella cancelleria della corte.

Entro i cinque giorni che seguono la notificazione, il controricorso deve essere presentato alla cancelleria, colle stesse norme del ricorso e col mandato e gli altri documenti che si vogliano unire (art. 531). L'avvocato del ricorrente nei dieci giorni successivi ha facoltà di ottenere comunicazione di tali documenti, coll'obbligo di restituirli prima che sia spirato il termine stesso (art. 533).

635. Nei casi d'urgenza, sopra istanza del ricorrente, anteriore alla notificazione del ricorso, il presidente della corte può abbreviare il termine conceduto al ricorrente ed agli aderenti per il deposito del ricorso principale e di quelli per adesione e delle carte annesse, non che il termine per la

notificazione del controricorso. È da ritenere che il decreto d'abbreviazione debba essere notificato per copia in un col ricorso principale (art. 532 ed arg. art. 154).

636. I ricorsi, i controricorsi e i documenti annessi, dopo scaduti i termini per le comunicazioni e restituzioni, restano in deposito nella cancelleria per l'uso da farsene, come si dirà or ora, nel seguito del procedimento.

Potrebbe darsi però che alcuna delle parti avesse bisogno di ritirare momentaneamente i propri documenti per altro uso. In tale ipotesi, sempre che i termini per le comunicazioni siano scaduti, il presidente della corte può autorizzarne il precario ritiro, fissando la durata della concessione. Trascorso questo periodo, se non venga effettuata la restituzione, la parte può essere condannata in una multa estensibile a lire cinquecento (art. 552).

637. Salvo l'eccezionale ritardo che possa derivare dalla ora accennata contingenza, il cancelliere, scaduti i termini suindicati, deve presentare il ricorso, il controricorso e gli incarti annessi al primo presidente della corte, il quale nomina il consigliere relatore. Così si procede, se non sia notificato controricorso, scaduto il termine relativo (art. 534, 535).

Nominato il relatore, tutte le carte a cura della cancelleria sono comunicate all'uffizio del pubblico ministero ed indi al relatore (art. 291 regol. giudiz.). Le cause vengono poscia chiamate alla pubblica discussione, secondo l'ordine della presentazione in cancelleria dei ricorsi, salva la priorità alle cause urgenti (art. 536 e art. 294 regol. giud.); dieci giorni almeno prima della discussione, ne sono avvisati gli avvocati a cura del cancelliere e per mezzo dell'usciere (art. 537).

La discussione orale del ricorso per cassazione, diretta dal presidente, procede nel seguente ordine: Anzitutto il consigliere relatore espone il fatto della controversia ed indica i termini in cui essa è sottoposta alla corte. Indi gli avvocati presenti pronunziano le loro arringhe; la spedizione della causa ha luogo però anche nel caso di loro assenza. Per ultimo il ministero pubblico presenta le sue conclusioni (art. 538). L'intervento di questo magistrato nei giudizi di cassazione non è stato tolto dalla legge 28 novembre 1875.

La nomina del relatore, dannosa nelle controversie di merito, è utilissima nel giudizio di cassazione. Infatti non essendo ammesse *discussioni sul fatto*, ma trattandosi di accertare i termini in cui esso fu stabilito dalla sentenza denunziata, conviene a ciò l'opera imparziale di un magistrato, mentre le parti troppo facilmente sarebbero trascinate a disputare anche su questo tema, creando un ingombro inutile nel contraddittorio.

638. Sino al momento in cui prende la parola il pubblico ministero per le sue conclusioni, si può rinunziare al ricorso. La rinunzia, in qualunque tempo venga fatta, deve eseguirsi a mezzo di un avvocato ammesso al patrocinio davanti la corte, munito di mandato speciale per questo oggetto. Egli la dichiara, mediante ricorso da lui sottoscritto, che dev'essere notificato alla controparte, od al di lei avvocato a meno che questi pure sottoscriva la domanda. La rinunzia è ammessa con decreto della corte, che autorizza la restituzione degli atti e documenti. Se vi fu controricorso, il rinunziante deve rifondere all'altra parte le spese e i danni, salvo che la rinunzia sia effetto di transazione, nel qual caso i rapporti tra le parti sono regolati dal contratto. Per la efficacia della rinunzia non è necessaria l'accettazione dell'altra parte; in seguito ad essa il ricorso non può essere riproposto (art. 550 e 551).

639. Dopo la discussione all'udienza si procede a deliberare la sentenza, secondo le regole indicate negli art. 357, 358 e 359 analizzati nel titolo quarto di questo libro (art. 539). Essendo però specialissima la forma del giudizio, al pari che la qualità della decisione, la legge ha appositamente determinati (art. 540) i requisiti della sentenza della corte di cassazione. È forse superfluo dire che non possono esservi sanzioni di nullità, non esistendo magistrato abilitato ad applicarle (1). Deve pertanto la sentenza contenere: 1° l'indicazione del nome e cognome, della residenza o del domicilio delle parti e degli avvocati da cui sono rappresentate; 2° l'oggetto della domanda; 3° la menzione che il pubblico ministero

(1) È ammesso per altro che si possa chiedere la *correzione della sentenza* nei casi considerati all'articolo 473 (v. n. 526): cass. Torino, 3 giugno 1892, *Giur. it.*, 1892, I, 1, 586.

ha concluso per la cassazione o per il rigetto del ricorso; 4° i motivi della deliberazione, indicandosi, nel caso di cassazione, i testi di legge violati o falsamente applicati; 5° il dispositivo; 6° la data del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata; 7° le sottoscrizioni di tutti i giudici che la hanno pronunziata e del cancelliere. Essa è poi *pubblicata* a cura del cancelliere nella prima udienza successiva al giorno in cui è stata sottoscritta (art. 545).

640. La giurisdizione della corte di cassazione si esercita in forma semplicemente *negativa*. È una delle qualità che furono ritenute *sostanziali* relativamente a questo istituto; noi facciamo intorno a simile concetto le più ampie riserve, ma non è qui che dobbiamo discuterlo. In coerenza al principio accolto dal legislatore, la corte colla sua decisione non può che *cassare la sentenza denunziata* se riconosce il fondamento del reclamo, o *rigettare il ricorso* se non ne trova plausibili i motivi. Nella seconda ipotesi, quella di rigetto del ricorso, la sentenza denunziata rimane ferma ed operativa; nella prima essa è *cancellata*, vale a dire più non esiste; le parti adunque si ritrovano ancora nello stato in cui erano al momento nel quale chiusero la discussione d'appello per attendere la relativa sentenza. Ossia, fra di esse non vige attualmente altra sentenza se non quella di prima istanza; a sua volta però questa non ha che un vigore *relativo*, giacchè il reclamo in appello sporto dal soccombente prosegue a sussistere ed attende una nuova decisione che surroghi quella cassata.

La nuova decisione in grado d'appello è data dal magistrato *di rinvio*, cioè da una autorità *uguale in grado* a quella che pronunciò la sentenza impugnata e *che sia più vicina alla medesima* (art. 544, capov. primo). La espressione « *che sia più vicina* » non indica *la più vicina* fra le magistrature di uguale grado; ciò, invero, equivarrebbe a fissare invariabilmente fra le sedi giudiziarie che esistono nello stato un vincolo di correlazione giurisdizionale che opportunamente il legislatore evitò, lasciando arbitra la corte suprema di designare a suo gradimento, causa per causa, il giudice di rinvio, pur procurando di non allontanare le parti di soverchio dal luogo della prima contesa. Considerando la larghezza

della espressione usata nel testo, sarà da ritenere legalmente operato il rinvio da una sezione ad un'altra della stessa corte o dello stesso tribunale che proferì la sentenza cassata. Ciò che sovrattutto vuole il legislatore è che non venga giudicata la causa in sede di rinvio dai giudici che pronunziarono la sentenza anteriore; sia o non sia codesto un preconcetto erroneo, la disposizione del capoverso primo dell'art. 544 non ha altro scopo fondamentale che di guarentirne l'obbedienza.

641. Davanti al magistrato di rinvio sono adunque rimesse le parti, per ottenere una nuova sentenza d'appello in luogo di quella cassata. Ora, quali sono veramente i poteri del giudice di rinvio? O, per dirla più concretamente, dovranno le parti limitarsi a riprodurre innanzi ad esso la controversia nello stesso stato d'istruttoria che aveva prima della sentenza cassata, oppure potranno di nuovo esercitare quelle facoltà che sono concedute d'ordinario in grado d'appello, aggiungere nuove prove, dedurre nuove eccezioni?

Esaminando la questione astrattamente, si può essere inclinati a riconoscere che non dovrebbe concedersi in sede di rinvio alcuna innovazione allo stato della controversia. Invero lo scopo che si ricerca è di sostituire una nuova sentenza a quella cassata; gli effetti della cassazione non si ripercuotono sugli atti anteriori alla sentenza stessa; e, come notammo poc'anzi, le parti, dopo la cassazione, si trovano in quella situazione ed in quel punto in cui erano il dì che discussero all'udienza la causa d'appello; e proprio come nel momento in cui avevano consegnati i rispettivi fascicoli al cancelliere.

Ricercando invece la volontà del legislatore, siamo condotti ad una conclusione diversa. Se il pensiero suo si fosse informato alle considerazioni ora dette, sarebbe stato sufficiente concretarlo in questo precetto semplicissimo: che, annullata la sentenza in cassazione, dovesse, a richiesta ed a spese della parte più diligente, essere trasmesso dal cancelliere della corte suprema l'incartamento della lite alla autorità di rinvio, per la pronunzia della sua decisione. Invece nell'art. 546, al capoverso, troviamo scritto che per ottenere sentenza dal giudice di rinvio occorre che una delle parti citi l'altra a comparire innanzi ad esso *in via sommaria*.

Nè di più aggiunge la legge; ond'è forza ritenere che qui la citazione abbia l'effetto ordinario, quello cioè di dar luogo ad una discussione orale con iscambio di comparse conclusionali. Ma ciò equivale nè più nè meno ad una vera e propria *riapertura del contraddittorio.* Sia stato formale o sommario il giudizio antecedente, sarà sempre sommaria la trattazione in sede di rinvio: ma ciò non toglie che sia resa agli interessati la libertà d'ampliare la controversia, ben inteso nei limiti degli articoli 490 e 491, e senza che siano ammessi appelli incidentali e per adesione, giacchè i termini perentorii per proporli sono ormai spirati.

642. Quindi potrà avvenire che in codesta sede si pronunzi una sentenza *interlocutoria* in luogo della *definitiva* cassata. Finisce forse con siffatta pronunzia il còmpito del magistrato di rinvio? No: il primo capoverso dell'art. 514 dispone che la corte di cassazione *rimanda la causa* ad altra autorità giudiziaria. Rimandare *la causa*, significa investire il giudice di rinvio di una piena giurisdizione su tutto quanto è oggetto della lite fra le parti. Se l'uffizio del giudice di rinvio avesse dovuto limitarsi a sostituire una sua decisione a quella cassata, il legislatore avrebbe detto che la corte *rimanda per una nuova decisione* ad altra autorità, ecc. Egli dunque ha detto e voluto che il magistrato di rinvio diventasse ormai il solo giudice d'appello competente nella controversia. E questo suo provvedimento va lodato, una volta ammesso il sistema del rinvio, per due considerazioni: in primo luogo perchè esso giova a conservare meglio la unità del giudizio ed evitare incertezze nocive ai litiganti; in secondo luogo perchè quella ragione di convenienza (posto che sia tale), da cui fu desunta la opportunità del rinvio, non potrebbe essere appieno soddisfatta se la causa poco appresso, seguendo il proprio corso, dovesse venire riprodotta al giudice che pronunziò la sentenza annullata.

Diremo pertanto che se il giudice di rinvio pronunzia una sentenza interlocutoria, in luogo della definitiva cassata, la causa proseguirà poi innanzi a lui sino alla nuova deliberazione definitiva. Che se, per una delle ragioni contemplate all'articolo 492, rinvierà colla interlocutoria il proseguimento della lite al giudizio di prima istanza, gli ulteriori appelli,

che nella causa medesima potessero occorrere, dovranno essere proposti a lui medesimo, non al magistrato d'appello territoriale.

Dal che sorge una ben più importante illazione. La sentenza cassata può essere stata *incidentale* od *interlocutoria*, eppure la cassazione ed il rinvio hanno per effetto di trasmettere la competenza a conoscere in appello della causa, non solo sull'incidente o sulla questione d'istruttoria, ma fino a giudizio definitivo, al tribunale od alla corte di rinvio. Ciò è logico, se pure filosoficamente disputabile; ciò è altresì conforme alla volontà espressa dal legislatore, come fu dianzi spiegato. Non fa dunque meraviglia che le corti di cassazione, sebbene da principio discordanti, abbiano finito per ammettere unanimi siffatta regola.

643. Grave questione è quella che concerne l'applicabilità dell'art. 489 al giudizio di rinvio. La affermò il Pisanelli, commentando la legislazione sarda: la negano in generale scrittori e magistrati sotto il regime del codice nostro. E noi pure fummo con questi nella prima edizione. Più maturo studio ci indusse poi a mutare avviso. Non v'è motivo alcuno per negare applicazione all'art. 489 in sede di rinvio. La posizione del quesito, come ognuno intende, implica la ipotesi che nel primo giudizio d'appello gli obblighi dell'appellante siano stati regolarmente adempiuti; e che la di lui contumacia, o l'omessa presentazione degli atti e documenti del primo giudizio e della sentenza appellata, si verifichino per la prima volta innanzi al giudice di rinvio. Per i sostenitori del carattere *penale* della norma relativa al rigetto senza esame, la diligenza usata la prima volta dall'appellante è titolo di esenzione dalla pena. Ma se noi dobbiamo restare fedeli ai principii esegetici già accolti (v. n. 619 *bis*) ci conviene respingere tale ragionamento e farne uno ben diverso. L'appellante può rimanere contumace nel giudizio di rinvio. Se così fa, egli pone l'avversario ed il giudice nella impossibilità di esaminare il di lui appello. E poichè il rigetto senza esame è mera conseguenza giuridica di siffatta impossibilità, si scorge come debba essere in questo caso pronunziato. Analogamente dicasi per l'omessa produzione della sentenza o dei documenti necessari allo esame dell'appello. Se la

giurisdizione del giudice di rinvio è sostituita in tutto e per tutto a quella del precedente magistrato di appello, e ne prende il posto, quasi che la precedente mai non avesse funzionato, si potrà ritenere che i fondamenti giuridici estrinseci ed intrinseci dell'appello siano stati dall'appellante giustificati, sol perchè aveva portati i documenti al primo giudice d'appello? No; giacchè il giudizio si rifà in sede di rinvio come se non avesse avuto luogo alcuna pronunzia in secondo grado. E il difetto di prova della esistenza della decisione impugnata e dei gravami contro la medesima proposti *impedisce* di pronunziare sulla questione a quel magistrato che ormai è il solo e vero giudice di seconda istanza per la medesima.

643 *bis*. La citazione davanti al giudice di rinvio è eseguita, secondo dispone la legge, a cura di una delle parti (art. 546 capoverso), cioè della più diligente. Può dunque promuoverla l'appellato; ma ciò non altera la situazione processuale delle parti nè modifica gli obblighi che rispettivamente ne derivano, così come non produce simili effetti la controcitazione fatta dall'appellato all'appellante (v. n. 619).

Disponendo lo stesso art. 546 nel suo primo alinea che « la sentenza che cassa è per cura di una delle parti notificata all'altra », si dubitò se tale notificazione fosse in ogni caso formalità da far precedere indispensabilmente alla citazione innanzi al giudice di rinvio. Non sembra però fondato simile dubbio. Le due disposizioni del citato articolo sono staccate; e tutt'al più una caratteristica hanno comune: la formola *facoltativa* con cui la legge accenna alla libertà di eseguire l'uno o l'altro atto, data a quella delle parti che intende usare, per l'atto medesimo, maggiore diligenza. La sentenza della corte di cassazione non può essere in alcun modo impugnata. Basta perciò che la parte la quale promuove il giudizio di rinvio fornisca conoscenza legale della sentenza stessa all'altra parte e al giudice, mediante comunicazione e produzione negli atti del processo. La quale soluzione devesi applicare tanto se il giudizio di rinvio venga iniziato da colui che fu ricorrente in cassazione, come se lo inizi l'altra parte; avvegnachè non sia dato pensare a una

distinzione, e pretendere che l'uno possa più dell'altro essere ritenuto consapevole della sentenza, indipendentemente dalla notificazione. Invero nel nostro sistema giudiziario, fuori della comunicazione in causa o della notificazione, non vi è che un mezzo per dare notizia di una sentenza, cioè la *pubblicazione;* ma questa opera d'uffizio i suoi effetti in confronto a tutti, interessati o non interessati.

644. Non in tutti i casi, però, la cassazione di una sentenza è seguìta da rinvio.

Quando la sentenza sia cassata *per violazione delle norme di competenza*, dispone il primo alinea dell'articolo 544, la corte suprema statuisce su questa e *rimanda la causa all'autorità competente.* La questione è di puro diritto, e non si può concepire che la corte di cassazione debba altrimenti risolverla, se non giudicando che il magistrato adìto era privo di competenza *perchè* questa apparteneva al tale altro magistrato. Sarebbe ozioso pertanto l'assoggettare ad un giudice nuovo *non competente* la ricerca del magistrato competente. Lo stesso art. 544 (capov. 2°, n. 1) soggiunge non essere luogo a rinvio quando la sentenza sia cassata pel motivo che *l'autorità giudiziaria non poteva pronunziare.*

Non è nemmeno ordinato rinvio, quando la cassazione è deliberata sopra ricorso del pubblico ministero nell'interesse della legge, giacchè la sentenza annullata rimane in pieno vigore nei rapporti fra le parti (art. 519 e capov. 2°, n. 2, dell'art. 544).

645. Se il ricorso è rigettato, il ricorrente viene condannato nelle spese e nella perdita del deposito; sono inoltre riservate alla parte contraria le ragioni per il risarcimento dei danni (art. 541). Sotto la denominazione di *risarcimento dei danni* si è talvolta creduto di poter comprendere il rimborso di quelle maggiori spese di giudizio, onorari d'avvocati, stampe, ecc., che superino la somma complessivamente tassata dalla corte. Questa opinione è da respingere. Dal momento che la corte suprema è abilitata a liquidare le spese e che la legge fa di queste e dei danni menzione ben distinta, non si può confonderle senza far violenza alla legge stessa. Notisi però che se la corte avesse condannato nelle spese,

senza liquidarne l'importo, la liquidazione è devoluta alla autorità (e quando del caso alla sezione del tribunale o della corte) che pronunziò la sentenza di cui chiedevasi la cassazione (art. 571).

Se la sentenza è cassata, viene ordinata la restituzione del deposito e si pronunzia sulle spese *come di ragione* (art. 542). Ciò significa che può anche esserne deliberata la compensazione. Qui pure è da far presente che la condanna nelle spese senza liquidazione è completata con la liquidazione dal magistrato d'appello a cui è stata rinviata la lite, o, se non vi è rinvio, da quello che pronunziò la sentenza cassata (arg. art. 571).

La sentenza che pronunzia cassazione, viene a cura del cancelliere trasmessa per copia all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata, per essere inserita nei suoi registri (art. 548). Questo provvedimento è di una grande opportunità, contribuendo all'efficacia pratica dell'alto ministero giudiziario affidato alla corte suprema. Sarebbe anzi desiderabile che il provvedimento fosse estéso alle sentenze che rigettano i ricorsi e a quelle pure proferite in grado di appello.

646. Col savio intendimento di non tollerare la perpetua incertezza dei litigi, l'art. 549 dispone che le sentenze della corte di cassazione non sono soggette nè ad opposizione nè a rivocazione. L'opposizione a cui allude la legge è da ritenere che sia quella del terzo; infatti, sulla improponibilità dell'opposizione del contumace non potrebbe nascere dubbio, non essendovi dichiarazione di contumacia in questa sede, nè possibilità di comparizione tardiva, giacchè nel giudizio di puro diritto il magistrato supplisce alla difesa delle parti non comparse. In ogni modo, il vocabolo *opposizione* comprende certamente *anche quella del terzo,* una volta che non è seguìto da veruna indicazione restrittiva.

647. Abbiamo fin qui parlato di cassazione in genere, cioè di annullamento integrale di una sentenza. Però, sia che il ricorso la investa tutta, sia che ne impugni qualche capo soltanto, può sempre darsi che la cassazione sia *parziale.*

L'art. 543 regolando gli effetti della cassazione, distingue appunto fra le ipotesi di annullamento *totale* e *parziale.*

Nel primo caso, colla sentenza cassata restano annullati tutti gli atti *posteriori*, comprese le sentenze proferite, a cui quella abbia servito di base. La disposizione è perfettamente logica; da essa deriva che quanto si è conseguito in virtù della sentenza annullata deve essere restituito. Le controversie intorno la restituzione appartengono alla cognizione del giudice di rinvio, o se questo non v'è, alla stessa autorità che proferì la sentenza cassata (art. 571). Ne riparleremo nel libro seguente.

Nel secondo caso stanno fermi i capi della sentenza che non furono cassati, meno quelli *che siano dipendenti* dal capo o dai capi per cui si dichiarò l'annullamento. Anche questa seconda parte dell'art. 543 è di evidente giustizia. All'analisi di ciascun caso particolare spetta la determinazione dei criterî per applicarla rettamente. Il corollario generale che noi dobbiamo desumerne riguarda i poteri del giudice di rinvio, i quali rimangono circoscritti a conoscere del capo o dei capi di sentenza annullati e di quelli che cadono insieme ad essi per ragione di dipendenza.

648. Trattando dei conflitti di giurisdizione e di attribuzioni, abbiamo già parlato della competenza esclusiva di cui è investita la corte di cassazione di Roma per l'art. 3 n. 1 della legge 12 dicembre 1875 e per le varie disposizioni della legge 31 marzo 1877 e delle leggi 2 giugno 1889 e 1° maggio 1890 sulla giustizia amministrativa (v. nn. 192, 199 e segg.). A completare i cenni relativi alla giurisdizione civile speciale di quel collegio, giova ricordare che per l'art. 3 della citata legge 12 dicembre 1875, essa inoltre si estende alle seguenti materie:

1° L'azione civile contro collegi e funzionari dell'ordine giudiziario, nei casi deferiti alla corte di cassazione dal codice di procedura, non che i ricorsi per annullamento delle sentenze proferite nella stessa materia dalle corti d'appello;

2° I procedimenti disciplinari attribuiti alla corte di cassazione dalla legge sull'ordinamento giudiziario;

3° I ricorsi contro sentenze pronunziate tra privati e l'amministrazione dello stato che siano impugnate per violazione o falsa applicazione: *a*) delle leggi sulle imposte o tasse dello stato, dirette o indirette; *b*) delle leggi sulla

soppressione delle corporazioni religiose o di altri enti morali ecclesiastici e sulla liquidazione e conversione dell'asse ecclesiastico (1);

4° I ricorsi in materia di elezioni politiche od amministrative.

649. Senza occuparci, poichè sarebbe inutile, delle disposizioni transitorie con cui fu disciplinata l'istituzione di questa nuova competenza, dobbiamo invece vedere come si provveda a risolvere le controversie che si presentino innanzi ad alcuna delle altre corti di cassazione circa la

---

(1) La corte di cassazione di Roma fu istituita con la legge del 1875 sotto il nome, piuttosto artificioso, di « *Sezioni temporanee* di corte di cassazione » (art. 1) e col pretesto di dar sussidio alle quattro corti preesistenti, ingombrate da eccessivo lavoro, con rilevante arretrato. Governo e parlamento nascosero gelosamente il proposito, tradito però dalla sostanza delle disposizioni dettate in quella legge, di stabilire le fondamenta della corte suprema unica, che solo meschine e dannose considerazioni impediscono all' Italia ancora di avere. Le attribuzioni speciali ed esclusive date alla corte romana con l'articolo 3 furono un timido principio di esecuzione di tale divisamento; e la timidità si accentuava particolarmente nella disposizione del n. 5 lettere *a* e *b*, relative alla materia tributaria e alla legislazione ecclesiastica, per le quali fu circoscritta la competenza esclusiva della nuova corte alla sola ipotesi di liti *tra privati e l'amministrazione dello Stato*. Esaminando i lavori preparatorii e indagando le ragioni possibili di tale limitazione, sembra che non si possa riconoscerle altro motivo se non quello di non accrescere soverchiamente di un tratto la *deminutio capitis* inflitta alle corti regionali. Motivo, a dir vero, assai meschino, che produce l'assurda conseguenza che la corte romana abbia podestà assoluta nell'interpretare le leggi sulle imposte e sull'asse ecclesiastico quando l'amministrazione dello Stato sia *parte in causa;* e le medesime disposizioni di legge, in questioni identiche, siano invece in balìa alla disparità delle interpretazioni delle cinque corti se la controversia si agiti soltanto fra privati o con amministrazioni locali.

La cassazione romana, poco persuasa, evidentemente, della utilità pratica e della logica del sistema, tentò più volte di allargare il dominio della propria competenza esclusiva, ammettendo la teorica dell'interesse indiretto dello Stato anche quando non è parte in causa; e attribuendo alla legge un criterio rigorosamente obbiettivo che in realtà essa *avrebbe dovuto avere* ma non ha punto avuto. Per altro la flagrante opposizione di questa massima col testo ben chiaro del predetto art. 3 n. 5 della legge 12 dicembre 1875 ha reso impossibile finora alla mentovata tendenza accentratrice della corte romana di stabilirsi mercè una giurisprudenza ferma e univoca. E se ne deve trarre un argomento di più a corroborare la critica circa l'attuale inorganico e illogico ordinamento della nostra suprema magistratura civile.

osservanza della competenza stessa. Secondo la regola generale che ciascun magistrato è il giudice naturale della propria competenza, fu accolto il concetto di massima che tali controversie debbano essere risolute dalla stessa corte di cassazione di Roma. Indi le disposizioni degli articoli 6, 7, 8 del reale decreto 23 dicembre 1875, che riassumiamo.

Sorgendo la controversia davanti ad altra corte di cassazione, il procedimento è sospeso e gli atti vengono trasmessi a quella di Roma, la quale a sezioni unite in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, la decide con sentenza motivata. Se la questione è proposta all'udienza pubblica, la trasmissione è disposta con ordinanza della corte. Se lo è prima dell'udienza, con ordinanza del primo presidente o di chi ne fa le veci. L'ordinanza, in ogni caso, è notificata ad istanza del pubblico ministero agli avvocati delle parti, i quali avranno quindici giorni di tempo per trasmettere alla corte di Roma le loro memorie sulla questione di competenza.

La controversia può essere proposta all'udienza o prima di essa, da una qualunque delle parti o dal pubblico ministero; nel primo caso è notificata per cura della cancelleria alle parti avversarie, nel secondo a tutte le parti, nelle persone dei loro avvocati. Può essere anche elevata d'uffizio dopo la discussione, dalla corte territoriale, mediante pronunzia dell'ordinanza suindicata.

Se la controversia incidentale è proposta da una delle parti, questa è gravata nel caso di soccombenza della rifusione delle spese e *può* anche essere condannata al risarcimento dei danni. Se sia proposta dal ricorrente, egli *può* anche essere condannato alla perdita del deposito per la multa, fatto per il ricorso di merito; in tal caso il deposito deve essere rinnovato entro giorni trenta per poter ottenere la deliberazione definitiva sul ricorso. Quest'ultima comminatoria ci sembra davvero troppo grave, tanto più perchè non v'è motivo di essere più severi verso il ricorrente che verso il suo avversario; e d'altronde dubitiamo che i poteri conceduti al governo coll'art. 9 della legge 12 dicembre 1875 non lo autorizzassero a dettare in un decreto simile disposizione.

La questione sulla competenza della corte romana o della territoriale, rispetto a una data materia, può sorgere anche

dinanzi la stessa corte di Roma, a cui sia stato prodotto il ricorso. In tale caso pure ne decidono le sezioni unite, in camera di consiglio, sospeso intanto il giudizio, e dato un termine di quindici giorni per le deduzioni delle parti.

650. Se in parte e timidamente si tentò di correggere il difetto che deriva dalla pluralità delle corti di cassazione, assegnando le menzionate giurisdizioni speciali alla corte romana, un altro passo indiretto ma più notevole fu fatto con la legge 6 dicembre 1888, la quale concentrò in questa corte l'esercizio della giurisdizione penale. Soppresse le sezioni penali presso le altre corti, diventò impossibile innanzi ad esse, anche nelle materie civili, il giudizio *a sezioni unite*. Perciò l'articolo 8 citata legge dispose che tutti i ricorsi, in materia civile e commerciale, i quali a norma della legge devono essere decisi a sezioni unite, siano deferiti alla corte di cassazione di Roma. Se il ricorso contenga mezzi distinti, altri di competenza delle sezioni unite, altri di competenza della sezione civile, la corte romana pronunzia su tutti, decidendone separatamente, a norma della competenza (1).

Che cosa sia e perchè abbia luogo il giudizio della corte di cassazione a sezioni unite è ora necessario spiegare.

Dopo che una sentenza d'appello è stata cassata può darsi che il giudizio di rinvio si uniformi nella sua pronunzia ai principii di diritto stabiliti dalla corte di cassazione. Ma può anche darsi che, dissentendone, si uniformi a quelli adottati nel precedente giudizio d'appello. In questo caso, di aperta opposizione del magistrato di rinvio al dettame della corte suprema, regolatrice del diritto, come si provvede?

Il problema fu gravissimo in Francia, dove furono tentate varie soluzioni fino a che si trovò men peggiore quella

---

(1) La corte di cassazione di Roma ha due sezioni penali. La sezione *seconda*, che giudica dei ricorsi contro le sentenze proferite dalle corti d'appello, dai tribunali e dai pretori, si unisce alla sezione civile, quando occorre negli affari civili il giudizio a sezioni unite.

Le questioni che sorgano intorno alla competenza delle sezioni unite innanzi ad una delle corti regionali, o innanzi la sezione civile di Roma, sono decise esclusivamente dalle stesse sezioni miste, nel modo, col procedimento e con le sanzioni stabilite per i casi di analoghe questioni indicate nel precedente n. 649.

di deferire l'esame del nuovo ricorso per cassazione, che venga in simili casi introdotto, alla corte suprema in più numeroso collegio, cioè a due classi, o sezioni, riunite. In Francia, avendosi due sezioni civili (una per l'esame preliminare, l'altra per quello intrinseco dei ricorsi), la riunione di esse fu un espediente abbastanza logico. Da noi conferisce minore serietà, e diminuisce conseguentemente il prestigio del collegio, la circostanza che alla sezione civile si riunisce quella penale, cioè un nucleo di giudici dei quali l'attitudine e la superiore competenza nelle difficili materie e questioni di diritto commerciale, ecc., non possono agevolmente essere presunte. Nel resto però, avendo la nostra legge del tutto imitato la francese, stabilì che allorquando, per la circostanza suaccennata, la corte di cassazione sia chiamata a decidere in sezioni unite, debba essere libero per essa il pronunziare come nel precedente suo esame o in modo diverso. Ma se conferma la massima che fu la base dell'anteriore giudizio, e quindi decide di annullare anche la seconda sentenza, rinviando a un terzo magistrato di appello, questo sarà tenuto a conformarsi alla decisione della corte di cassazione sul punto di diritto intorno al quale essa abbia pronunziato.

Ciò chiude parzialmente, in modo irrevocabile, la controversia. Diciamo: *parzialmente;* poichè potrebbe *per altri motivi*, o per *altri capi* di decisione essere impugnata anche la sentenza proferita in sede di secondo rinvio; indi un nuovo ricorso, che andrebbe alla sezione civile territoriale, salva la possibilità di un ulteriore giudizio su tale nuova questione presso le sezioni unite.

A ogni modo, poi che la competenza per pronunziare a sezioni unite fu, per una necessità di fatto, accentrata nella corte di Roma, è intuitivo che le altre così dette corti di cassazione ne subirono una fortissima *deminutio capitis,* mancando essenzialmente ormai alle medesime la suprema podestà di regolare l'interpretazione e l'applicazione della legge. Di che non ci dorremmo, se venisse riconosciuta finalmente la necessità di amputare queste membra informi e quasi paralizzate che nuocciono alla euritmia organica e funzionale della magistratura.

650 *bis.* Che cosa avverrebbe se una delle corti regionali, invece di rimettere alle sezioni unite il giudizio sulla eccezione di competenza esclusiva della cassazione di Roma nei casi menzionati nel n. 648, o su quella delle stesse sezioni unite di cui testè fu parola, esaminassero esse medesime tali questioni e le decidessero, *affermando* la propria competenza? Questa è la sola ipotesi interessante; poichè se decidessero *negativamente* sulla competenza propria, ciò non pregiudicherebbe la podestà delle sezioni unite di affermare esse tale competenza e rimandare alla corte regionale la decisione sul ricorso. In relazione alla predetta ipotesi è agevole considerare che la corte regionale affermando la propria competenza usurperebbe il potere dalla legge conferito esclusivamente alle sezioni unite. La sanzione legale contro simile arbitrio non è stabilita espressamente nella legge, che forse non ha creduto supponibile tale eventualità. Nondimeno essa si è verificata talvolta; e giustamente le sezioni unite con una memorabile sentenza del 14 aprile 1899 (*Giur. ital.*, 1899, I, 1, 403) ritennero non essere affatto diminuito il loro uffizio giurisdizionale in siffatta circostanza; ed avere quindi diritto la parte interessata a denunziare alle sezioni unite la sentenza della cassazione regionale, portando in pari tempo alla cognizione delle medesime il ricorso sul quale era stato malamente pronunziato giudizio. E poichè nel caso loro sottoposto le sezioni unite riconobbero anche la propria competenza a decidere sul ricorso, sentenziarono in merito ad esso, previa dichiarazione d'inefficacia della sentenza della corte regionale che lo aveva accolto e previo annullamento della sentenza della corte d'appello che in sede di rinvio aveva ulteriormente decisa la lite.

Per quanto sia prevedibile la rarità di consimili discussioni, il fatto che siano possibili porta un nuovo contributo efficacissimo alla critica riassunta nelle precedenti osservazioni.

650 *ter.* Abbiamo accennato alla eventualità che la sentenza del giudice di rinvio si uniformi a quella della corte di cassazione sul punto da essa deciso. In simile caso, su codesto punto, non è più ammesso ricorso ulteriore; ed in ciò la giurisprudenza è pacifica. Non già che il legislatore

miri per tale modo alla costituzione di una doppia conforme; ma quando abbiamo una sentenza di rinvio conforme a quella di cassazione, siamo in presenza di uno stato di giudizio identico al caso in cui il ricorso contro la sentenza d'appello fosse stato rigettato. E poichè in simile caso la disputa è irrevocabilmente sopita, così dev'essere anche nel caso analogo or ora configurato. Al di fuori però del punto o dei punti decisi dalla corte suprema, la sentenza del giudice di rinvio può contenere altri capi di decisione, o avere (pur accettando le massime della corte stessa) adottati *altri motivi* per decidere in senso contrario; e in simili ipotesi è aperto anche contro di essa un nuovo ricorso alla sezione civile.

CAPO V.

Rivocazione.

651. Senza entrare a discutere se un giudice sia tenuto per ragione dell'alto suo ministero a possedere in grado superiore ad ogni altro uomo quel senso squisito di moralità che fa sentire imperioso il dovere di ricrederci da erronee opinioni e da fallaci giudizi, altri motivi persuadono che emessa una sentenza non possa in generale darsi facoltà alle parti di agire innanzi il magistrato che la pronunziava per indurlo a ritrattarla o modificarla, qual frutto di errore o di ingiustizia. Ne andrebbero di mezzo la dignità e l'autorità della giustizia e dei suoi rappresentanti; nè probabilmente la parte soccombente otterrebbe alcun proficuo risultato, per quanto le di lei censure fossero gravi e ben fondate; avvegnachè di regola ciascun uomo (ed i giudici sono uomini) è poco inclinato a far solenni dichiarazioni di errore ed a condannare il proprio antecedente giudizio, anco se nel fondo del pensiero riconosca giuste le altrui critiche.

Ma il valore di queste considerazioni non regge dinanzi all'ipotesi che si tratti di porre sotto gli occhi del giudice il *tema di fatto* della controversia *in un aspetto nuovo,* il quale sia nel tempo medesimo il *vero aspetto* che gli si addice. La maestà della giustizia non è offesa, ma anzi più

efficacemente tutelata, quando si provvede a che il suo esercizio abbia luogo su quell'oggetto al quale veramente l'indagine e la deliberazione del magistrato doveva dirigersi e da cui deviò per cause non imputabili nè a colpa della parte nè ad errore del giudice. L'amor proprio di quest'ultimo non riceve d'altronde la più piccola ferita. Anzi l'uomo onesto è lieto sempre di cooperare al trionfo del buon diritto e di modificare quindi l'opinione che aveva formata sovra dati erronei.

652. Dal che non deriva per altro che qualunque *nuova prova* (scritta od orale) la parte soccombente pensasse di usare o si trovasse in grado di proporre, le dia titolo a riaprire la lite innanzi al giudice che la condannò. Se essa fu contumace la legge le dà modo di proporre qualunque prova in sede d'opposizione o d'appello; se comparve e si difese incompletamente le offre ancora l'appello; sarebbe inutile, anzi illogico, istituire un rimedio straordinario che avesse lo scopo medesimo dei rimedi ordinari. Adunque chi non si è valso dell'opposizione o dell'appello, o chi valendosene non seppe trarne partito, non può essere ammesso a fare per altre vie ciò che per queste gli era concesso.

Il mutamento del *tema di fatto*, che apre la via ad un rimedio straordinario, deve dipendere da circostanze tutt'affatto eccezionali; e cioè da quelle nuove emergenze che la parte soccombente non avrebbe potuto essere in grado di far risaltare in sede di giudizio ordinario per quanta diligenza vi ponesse; ovvero da emergenze che, sebbene trascurate nello sviluppo del giudizio ordinario per una certa colpa della parte, pure si riferiscono a fatti che interessano l'ordine pubblico e che perciò devono avere influenza sul giudicato anche dopo trascorsi i termini pei rimedi ordinari od esaurito il loro esperimento.

653. La rivocazione, che è appunto il reclamo straordinario di cui siamo venuti delineando la nozione, potrà essere tentata contro le sentenze proferite in grado d'appello. E lo potrà essere altresì contro quelle di primo grado contro le quali non sia permesso, per compimento dei termini, l'uso dei rimedi ordinari. Fino che questi termini sono aperti, le nuove emergenze di fatto eccezionali di cui

parliamo potranno fornire motivo ai rimedi ordinari, in concorrenza coi quali non è proponibile quello straordinario.

Atteso il carattere del reclamo ora in esame, esso aveva bisogno di tassativa disciplina da parte del legislatore. Era necessario cioè che nel codice fosse dichiarato quali sono i casi e i titoli per cui la domanda di rivocazione può venire spiegata.

Il codice francese ammise la rivocazione con molta larghezza (art. 480 e 481); ciò devesi attribuire alla circostanza che molte sentenze sono inappellabili secondo il suo sistema, sicchè la rivocazione sembrò utile per parecchi casi ai quali nel sistema nostro serve l'appello. Il codice sardo del 1859 seguì il modello francese senza restrizioni (art. 557); quello del 1854 aveva ridotto invece solamente a quattro i casi in cui può pronunziarsi rivocazione (art. 592); e questi furono ammessi dal nostro legislatore (art. 494) che ve ne aggiunse un quinto: la preesistenza della regiudicata non stata opposta nei gradi ordinari del giudizio.

Fermiamoci brevemente sovra ciascuno dei titoli di rivocazione accolti dalla citata disposizione di legge.

654. La sentenza può essere rivocata, quando sia stata l'*effetto del dolo di una delle parti a danno dell'altra* (articolo 494 n. 1). Anzitutto giova intendere bene l'ipotesi che fa la legge. Essa richiede che la sentenza sia stata *l'effetto del dolo;* che questo, cioè, abbia *determinata* la deliberazione del giudice, la quale *sarebbe stata diversa,* senza l'influsso di tale causa illecita e perturbatrice. Richiede inoltre che sia *imputabile* il dolo *ad una delle parti* in danno dell'altra invero se esso è opera di un terzo ed i rapporti tra il vincitore ed il vinto vi sono estranei, la sentenza non può perdere nei rapporti fra loro l'autorità irrevocabile acquistata, quantunque il vinto sia in diritto di agire contro chi lo ha danneggiato, per il congruo risarcimento. È dolo imputabile *ad una parte* anche quello inerente ad un fatto del suo mandatario, del procuratore alle liti, o dell'avvocato da cui fu difesa nel giudizio. Non è poi necessario che il dolo siasi consumato esclusivamente *nel corso del giudizio;* possono essere stati preordinati anteriormente fatti dolosi idonei ad assicurare contro giustizia le sorti di un giudizio; nel qual

caso, notisi bene, non manca neppure la continuazione del divisamento doloso anche nel corso della lite, in quanto appunto si profitta in essa della frode antecedentemente ordita.

Il *dolo* ha posto il soccombente nella *impossibilità* di svolgere la sua difesa come avrebbe dovuto; questo titolo di rivocazione consuona dunque appieno alle idee generali poc'anzi esposte. La legge accenna al *dolo* in forma del tutto generica; osserva bene la relazione Pisanelli, che tanti possono essere gli aspetti suoi quante sono le vie dell'inganno e della frode. Un falso giuramento, la subornazione di testimoni, la corruzione di periti, possono essere esempi dimostrativi di questa figura delittuosa o quasi delittuosa, la quale può anche assumere forme molto complesse, come in generale sono complesse le arti dell'insidia e del raggiro.

655. Si dà in secondo luogo la rivocazione quando il giudizio è stato pronunziato *sopra documenti stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza;* o che il soccombente *ignorava essere stati riconosciuti o dichiarati falsi prima della sentenza stessa* (cit. art., n. 2).

In entrambe le ipotesi dalla legge indicate, la parte, usando maggiore diligenza, avrebbe potuto conoscere nel corso del giudizio ordinario o la preesistente dichiarazione della falsità, ovvero i motivi che le avrebbero dato il mezzo per proporre essa medesima la querela di falso. Qui è pertanto una ragione d'ordine pubblico che prevale: essa ha riferimento alla gravità del fatto delittuoso rappresentato nel falso ed all'interesse generale che niuna utile conseguenza giuridica possa da esso derivare. Anche rispetto a questo caso è da intendere che la rivocazione sia da pronunziare quando il documento falso sia stato base e causa della sentenza impugnata, non già quando si riconosca che il giudice avrebbe deliberato allo stesso modo, per altre ragioni o prove da lui valutate, indipendentemente da quella che viene a risultare distrutta.

Si opina che in virtù di questo disposto del secondo comma dell'articolo 494 sia aperta la via ad ottenere rivocazione d'una sentenza fondata sopra falsa testimonianza o sopra giuramento deferito d'uffizio che sia poi dichiarato

parimente falso. Anzi qualche scrittore estende l'insegnamento anche al caso di falso giuramento decisorio. Noi troviamo inapplicabile alle contingenze indicate la ipotesi qui formolata dal legislatore, il quale parla di *falsità di documenti*. Allorchè si raccoglie una prova se ne fa *documento* nel *processo verbale;* ma altro è che sia *falso il processo verbale*, altro che lo sia *la dichiarazione del testimonio o del giurante*. Nè si convalida la tesi in esame adducendo, come taluno tenta, che il documento (processo verbale) trovasi infetto da falsità *intellettuale;* poichè anche questa specie di falso richiede una partecipazione cosciente del pubblico uffiziale compilatore dell'atto (codice penale, art. 276). Sarà invece legittimo chiedere la rivocazione della sentenza fondata sul falso giuramento (decisorio (1) o suppletorio), pel n. 1 dell'art. 494, come di sopra fu accennato, giacchè non vi può essere fatto più *doloso* di questo e nello stesso tempo in più diretta correlazione alla sentenza, come causa ad effetto. Quanto alla falsa testimonianza, se essa sia stata prestata per artifizio doloso della parte o di chi la rappresenta, vi sarà titolo del pari alla rivocazione, in quanto potrà applicarsi il n. 1 anzidetto. Se il testimonio mendace o renitente ha agito dolosamente per spontanea malvagità o per altri motivi estranei alle relazioni fra i litiganti, non sarà ammissibile la domanda di rivocazione. Se poi invece di essere falsa la testimonianza, o mendace il giuramento, fosse falso il processo verbale in cui queste prove vennero raccolte, allora sarà veramente il caso di esaminare la proponibilità della istanza di rivocazione sotto il profilo del secondo comma dell'articolo.

656. In terzo luogo si può ricorrere per rivocazione se *dopo la sentenza* siasi *ricuperato un documento decisivo*,

---

(1) Infatti l'art. 1370 del codice civile vieta che una parte provi in giudizio civile la falsità del giuramento decisorio prestato dal suo avversario, ma non le vieta di trar partito dall'attestazione di falsità che risulti da una sentenza penale. Sebbene non sia unanime il consenso in questa opinione, noi crediamo di doverla accogliere; del resto, chi sostiene che la sentenza penale che accerta lo spergiuro, in tema di giuramento decisorio, apre soltanto la via all'azione civile di risarcimento di danni, arriva indirettamente al medesimo risultato cui si può giungere per la via breve della rivocazione.

il quale non si era potuto produrre prima, *per fatto della parte contraria.* La condizione principale per potere usare questo mezzo di rivocazione (art. citato, n. 3) è indicata nelle ultime parole. Le quali non esprimono l'idea esclusiva di *azione dolosa* dell'avversario tendente ad impedirci l'uso del documento decisivo più tardi ricuperato. Invero, l'ipotesi di azione dolosa dell'avversario sarebbe già colpita dalla previsione del n. 1 dell'articolo. Basta che dipendesse da *fatto di costui* (fatto positivo o negativo, colposo o di semplice negligenza, o ben anco casuale) l'impossibilità in cui si trovò il soccombente di valersene in tempo utile, perchè risulti il concorso di una circostanza affatto eccezionale, idonea a giustificare l'uso del rimedio straordinario ed è manifesto che l'equità è su questo punto in perfetto accordo col rigore dei principii scientifici. Nè occorre che il documento fosse propriamente in possesso dell'avversario. Non è da escludere la possibilità che il documento si trovi in possesso di altri, e perfino in deposito pubblico, ma che il fatto dell'avversario abbia impedito, colposamente o innocentemente, di conoscerne l'esistenza o di essere in grado di farne la opportuna ricerca per valersene in giudizio.

Si esige che il documento sia *decisivo.* Il giudice non dovrà quindi ammettere la domanda di rivocazione se non dopo riconosciuto che *pel solo valore della prova fornita dal nuovo documento* il tema di fatto della controversia trovasi radicalmente mutato, in tutto od almeno in parte sostanziale.

657. Il quarto motivo di rivocazione (art. citato, n. 4) è dalla legge così indicato: « Se la sentenza sia l'effetto di un *errore di fatto* che risulti *dagli atti e documenti della causa* ». A migliore intelligenza, il legislatore medesimo soggiunge: « Vi è questo errore quando la decisione sia fondata sulla *supposizione* di un fatto *la cui verità è incontrastabilmente esclusa,* ovvero quando sia supposta la *inesistenza* d'un fatto *la cui verità è positivamente stabilita;* e tanto nell'uno quanto nell'altro caso, quando *il fatto non sia un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunziato* ».

La ragione dell'ultima clausola è evidente. Se il magistrato espresse il proprio parere su un punto disputato, l'apprezzamento più o meno giusto da lui fattone costituisce

deliberazione sopra la controversia; onde sarà dato d'impugnarlo nelle vie ordinarie, se impugnabile, ma non si potrà ritenere che il giudice sia caduto nell'equivoco *senza esaminare* la cosa ed *affatto inavvertitamente.* Il resto della disposizione surriferita, nel mentre spiega abbastanza il pensiero del legislatore, dimostra che si è voluto premunire la parte contro un caso veramente impreveduto ed involontario, offrendo modo nel tempo medesimo al magistrato di reintegrare la sua decisione in quel senso conforme a giustizia in cui egli *l'avrebbe voluta e concepita*, se avesse veduto quanto non seppe vedere negli atti e nei documenti. È pertanto condizione *sine qua non*, che l'errore cada semplicemente *sul fatto* e che abbia un'influenza *esclusiva* sopra la ragione del decidere; mentre ove risultasse che il giudice *per altri motivi*, oltre che per quello che ha fondamento nell'errore di fatto, si determinò a sentenziare, la rivocazione non potrebbe esserne pronunziata.

Il progetto Pisanelli non aveva accolto questo titolo di rivocazione; non a torto nella relazione era osservato che l'accusare il magistrato *di leggerezza* (quale è appunto il significato sostanziale di siffatto motivo di reclamo) è ferirne la dignità; che inoltre è troppo sottile la linea di separazione fra le varie categorie d'errori, perchè non sia temibile che, sotto il pretesto fornito dal legislatore, s'introducano ricorsi d'altra indole che esso non intese nè volle concedere. Il valore di codesti obbietti non sembra diminuito dalla considerazione esposta dal guardasigilli nella sua relazione, che cioè, dato un manifesto errore di fatto, il giudice che vi è caduto è meglio d'altri in grado di riconoscerlo e ripararlo. Nondimeno anche le più recenti legislazioni (germanica, austriaca), regolando l'istituto della *rettificazione delle sentenze* (v. n. 526), fecero buon viso ad un rimedio consimile, sebbene sotto altra forma.

658. Abbiamo già accennato (n. 625) che si ammette eziandio la rivocazione (articolo citato, n. 5) quando la sentenza è contraria ad altra precedente, passata in giudicato fra le stesse parti e sullo stesso oggetto, purchè quella che si impugna non abbia pronunziato anche sulla *exceptio rei judicatae.* Si può osservare — ed è un fatto — che la parte

a cui favore stava cotale eccezione era tenuta a non ignorarla, onde il silenzio suo deve attribuirsi a sola negligenza. Tuttavia essendo d'interesse sociale il mantenere incolume l'autorità della cosa giudicata, il codice accordò questo estremo rimedio per difenderla, forse pensando che in taluni casi singolarissimi la parte può essersi trovata in uno stato d'ignoranza non colpevole.

659. Considerati i cinque titoli di rivocazione che siamo venuti additando, si vede ben presto che l'esistenza dell'uno o dell'altro fra i primi tre è posta in luce dal concorso di circostanze estranee al soccombente, e quindi verificabili indipendentemente dall'opera sua ed in un tempo che egli non potrebbe abbreviare; che invece il verificare se esista il quarto od il quinto dei titoli stessi, dipende da lui e dalla sua diligenza, in quanto scruti con attenzione i difetti della sentenza e ricerchi i più validi mezzi di difesa del proprio diritto. Ond'è che questi due ultimi titoli di rivocazione non sono concessi quando si ha o si è avuto a propria disposizione un rimedio ordinario, il termine del quale stima la legge più che bastevole per rilevare l'errore materiale del giudice o l'esistenza della *exceptio rei judicatae.* A ragione pertanto, mentre tutti cinque i titoli sono ammessi per impugnare le sentenze proferite *in grado d'appello* ed *in contraddittorio* (art. 494), i due ultimi sono esclusi rispetto *alle sentenze contumaciali d'appello* ed a quelle *in contraddittorio od in contumacia proferite in prima istanza.* Le quali tutte si possono impugnare per rivocazione nei tre casi indicati di sopra ai nn. 654, 655 e 656, trascorsi che siano rispettivamente i termini per l'appello o per l'opposizione senza che di questi rimedi siasi fatto uso (art. 495).

Ma sappiamo che vi sono sentenze *inappellabili.* Dovranno le medesime venire parificate a quelle d'appello od a quelle di prima istanza, nei riguardi della limitazione ora indicata? Il capoverso dell'art. 495 dichiara soltanto che le sentenze *dei conciliatori,* oltre che pei tre titoli anzidetti, si possono impugnare anche pel quinto *(regiudicata).* Delle altre sentenze inappellabili non si fa cenno alcuno. E davanti alla tassativa designazione delle sentenze *pronunciate in grado d'appello* che leggesi nell'articolo 494, siamo obbligati ad

intendere accordato per le inappellabili lo stesso trattamento delle sentenze appellabili *di prima istanza,* quantunque ciò possa sembrare poco razionale e vi siano dispareri in proposito. Dopo la legge del 1892 sui conciliatori, è chiaro che le sentenze di questa giurisdizione, alle quali si riferisce l'articolo 495 con la disposizione preindicata, sono soltanto quelle inappellabili per ragione di valore.

660. Il termine per proporre domanda di rivocazione è uguale a quello ordinario per l'appello segnato nell'art. 485 (v. n. 609) (1). Il punto iniziale della sua decorrenza non è sempre quello *della notificazione della sentenza.* Se si tratta di ricorrere in rivocazione per *errore materiale evidente* o per *preesistenza di regiudicata sulla controversia,* vige la regola normale che il termine decorre dalla notificazione della sentenza. Quando non è in facoltà del soccombente, ma in balìa di circostanze da lui indipendenti, il sorgere delle cause che dànno fondamento alla rivocazione, sarebbe inefficace aver consentito il rimedio se non si facesse decorrere il termine perentorio dal momento in cui si trova in grado l'interessato di profittarne, a condizione però *che già anteriormente gli sia stata notificata la sentenza,* perchè nel sistema vigente è solo questa legale cognizione di essa che costituisce in mora ad impugnarla. Quindi l'art. 497 dispone, che nei casi in cui la domanda si appoggia ad uno dei titoli indicati nei

---

(1) Quindi per sentenza di tribunale o di corte d'appello in affare civile, il termine è di *sessanta giorni;* se di pretore, di tribunale o di corte d'appello in affare commerciale, di *trenta giorni.* Per le sentenze inappellabili dei conciliatori, non sembra che si possa applicare il termine di tre giorni stabilito nell'art. 459; l'art. 497 richiama tassativamente il solo termine « *stabilito per appellare dall'art. 485* ». Non si può dunque restringere il benefizio della legge invocando una analogia che essa non aveva ragione di lasciare avvolta nell'incertezza, qualora fosse stata compresa nel suo intendimento. Dunque conviene ammettere che il termine sia quello medesimo di trenta giorni stabilito per le sentenze dei pretori. Questo stesso termine, per considerazioni non diverse, è da osservare per le sentenze appellabili dei conciliatori, nelle ipotesi contemplate sotto i nn. 1, 2 e 3 dell'art. 495.

Si avverta che per le sentenze dei tribunali e dei pretori, il termine a ricorrere in rivocazione è *sempre* rispettivamente di trenta o di sessanta giorni, anche se il termine d'appello fosse eccezionalmente minore, come nei procedimenti esecutivi, ecc. Questa è altra conseguenza dedotta dal tenore letterale dell'art. 497.

nn. 1, 2, 3 dell'art. 494, il termine decorre dal giorno in cui la falsità riconosciuta e dichiarata prima della sentenza sia stata scoperta da chi propone la rivocazione, oppure dal giorno in cui essa, dopo la sentenza, sia stata riconosciuta o dichiarata, o il dolo scoperto, od il documento ricuperato, purchè in questi casi vi sia prova scritta da cui risulti il giorno della scoperta del dolo o della acquistata conoscenza della falsità, o della ricuperazione del documento. La *prova scritta* garantisce la decorrenza e la perentorietà del termine; — di quale natura debba essere, la legge non dice; si ritiene idoneo qualunque scritto di data certa, pubblico o privato, che contenga estremi tali da rispondere allo scopo (1).

661. Quando la sentenza abbia più capi, si può impugnarla parzialmente colla rivocazione come con qualunque altro dei mezzi ordinari o straordinari. Quindi è ammessa la rivocazione parziale, ossia di quei soli capi pei quali sussista motivo legale di chiederla e degli altri che ne siano dipendenti (art. 496).

662. Vorrebbe la logica che gli stessi giudici che hanno proferita la sentenza impugnata conoscessero della domanda di rivocazione. Le esigenze però dell'ordinamento e del servizio giudiziario rendono impossibile di tradurre in precetto questa massima; il legislatore fu pago di stabilire che la domanda per rivocazione si propone dinanzi *la medesima autorità giudiziaria* che pronunziò la sentenza impugnata e che possono conoscerne *gli stessi giudici* (art. 498).

663. Il procedimento per rivocazione segue le forme ordinarie del contradditorio; s'inizia mediante citazione, a rito sommario, la quale deve contenere i *motivi* della domanda,

---

(1) Il momento del ricupero del documento non è sempre quello in cui effettivamente giunge nel possesso materiale della parte cui può giovare. Se essa acquista cognizione della esistenza del documento in circostanze tali da potersela procurare, in originale o in copia, con mezzi ordinari, e con diligenza normale, è da tale istante che decorre a suo carico il termine, senza distinguere se la causa anteriore dell'impedimento sia stata dolosa o accidentale. Imperocchè, quando la parte *può avere* o *sa come poter avere* il documento decisivo, questo si deve considerare *legalmente ricuperato;* non è lecito, colla negligenza o con l'artificio, di ritardare indefinitamente il tempo in cui l'istanza per rivocazione verrà proposta in giudizio. È giusto aver riguardo alla condizione pure dello avversario, di cui non possono restar sospesi in eterno i diritti.

ossia una sufficiente indicazione del titolo o dei titoli per cui essa è proposta (art. 502); la notificazione è eseguita come quella della citazione d'appello (v. num. 610) e sono applicabili qui pure le osservazioni esposte al num. 611. Risulta però dal primo capoverso del citato articolo 502 che la notificazione si deve eseguire alla residenza, al domicilio od alla dimora della parte, se la domanda sia proposta oltre i centottanta giorni dalla notificazione della sentenza, il che può avvenire ben di frequente in ciascuno dei casi contemplati ai numeri 1, 2, 3 dell'articolo 494.

Per *aderire* alla domanda di rivocazione seguonsi le stesse norme e si osserva il medesimo termine che indicaronsi per l'adesione alla opposizione, nel n. 581 (art. cit., ultimo capoverso).

664. Chi vuole agire per rivocazione deve provare di aver eseguito un deposito all'uffizio del registro, di lire *cinque* se la sentenza impugnata è di un conciliatore, di lire *venticinque* se è di un pretore, di lire *cinquanta* se è di un tribunale, di lire *cento* se è d'una corte d'appello; la giurisprudenza è concorde nel prescrivere che il deposito preceda la citazione, a pena di inammissibilità della domanda. Questo deposito si perde in caso di soccombenza; ne sono dispensate le amministrazioni dello stato e le parti ammesse al benefizio dei poveri. Dovremmo qui ripetere le osservazioni critiche espresse al n. 628. Si applicano anche alla rivocazione le regole nello stesso luogo spiegate circa i casi in cui da più persone o contro più sentenze si può reclamare eseguendo un solo deposito (art. 499, 500, 501, 506). Accolta la domanda di rivocazione viene ordinata la restituzione del deposito (art. 507).

665. È stato già trattato (n. 532) della facoltà competente ai giudici di sospendere l'esecuzione delle sentenze impugnate per questa via straordinaria (art. 503); è da aggiungere che quando la sentenza impugnata fosse prodotta come titolo o documento *in altra causa* (vale a dire, come *titolo su cui si fonda l'esercizio di un'azione* successiva e diversa, ovvero come *elemento di prova di un diritto che si fa valere* in altro giudizio) può essere autorizzata la sospensione anche di questa in pendenza del giudizio di

rivocazione (art. 504); ma il deciderne l'opportunità dipende dalla influenza che in codesta causa possano avere la produzione della sentenza stessa e la eventuale sua rivocazione.

666. Il disposto dell'art. 505, che concerne l'intervento del ministero pubblico nei giudizi relativi a questa materia, si deve ritenere abrogato dalla legge 23 novembre 1875.

667. Accertata la ragione di rivocare una sentenza, sorge la necessità di sostituire altra più corretta decisione. Ma può occorrere che la pronunzia di questa sia preceduta da nuovi atti d'istruttoria. Così, se è dimostrata la falsità del documento su cui la sentenza anteriore era stata fondata, sarà probabilmente necessario far luogo a nuove indagini sui fatti controversi, rispetto ai quali è venuta meno quella prova decisiva. Il giudizio di rivocazione si divide pertanto razionalmente in due periodi: — l'uno dedicato a indagare la sussistenza del titolo per cui s'impugna la decisione anteriore; l'altro a preparare la pronunzia di una nuova sentenza di merito in luogo di quella rivocata. Ma è manifesto che i due periodi possono riunirsi in un solo, quando avvenga che gli elementi per proferire la nuova sentenza di merito si trovino maturi dinanzi al magistrato nel momento in cui egli deve decidere se sussista il titolo della rivocazione. E questo caso verificandosi, una sola sentenza dovrà essere pronunziata sopra l'ammissibilità della rivocazione e sopra il merito, così imponendo l'economia dei giudizi (art. 508).

Effetto della rivocazione è naturalmente quello di rimettere le parti nello stato in cui erano prima della sentenza impugnata. Quindi se la rivocazione venga sentenziata prima che si decida sul merito, dovrà essere frattanto restituito quanto era stato pagato in esecuzione della sentenza rivocata; se è proferito insieme il giudizio di merito, la nuova sentenza regolando in via definitiva i rapporti dei litiganti, disporrà se, come, ed in quale misura, a norma delle circostanze, debba aver luogo la restituzione (art. 507 e capoverso art. 508).

668. La domanda di rivocazione, respinta per ragioni di merito o rigettata per altro titolo, non può essere riproposta, tenute presenti, per il caso *di nullità della citazione*, le regole esposte al n. 611. Non è poi ammesso in veruna

ipotesi il rimedio della rivocazione contro sentenze pronunziate in giudizio di rivocazione, in omaggio a quella medesima necessità di por fine alle contese la quale vieta di appellare contro una sentenza pronunziata in grado di appello.

Ma considerato che le sentenze pronunziate in giudizio di rivocazione sostituiscono quelle rivocate, e lo fanno dopo aver rimesse le parti nello stato in cui erano prima della pronunzia delle medesime (v. numero precedente), è giusto che sieno soggette ai rimedi ordinari di cui per la loro indole erano già suscettibili le sentenze rivocate. Quindi se la sentenza rivocata era d'appello, si può ricorrere per cassazione contro quella emessa in sede di rivocazione; se era di primo grado (eccettuata l'ipotesi d'inappellabilità) si potrà fruire dell'appello (art. 509). È poi ammesso che contro le sentenze contumaciali rese in giudizio di rivocazione si possa fare opposizione.

CAPO VI.

Opposizione di terzo.

669. È principio inconcusso ed antico quanto la scienza del diritto che una sentenza non produce effetto giuridico nè esercita autorità, se non nei rapporti fra le persone dei contendenti e fra quelle da loro legittimamente rappresentate.

Nulladimeno può verificarsi che la esecuzione di una sentenza rechi o possa arrecare danno materiale o molestia ad un terzo che fu estraneo alla contesa. Per respingere il danno o la molestia egli avrà sempre libera la podestà di agire in giudizio in confronto di chi gliene è cagione, instaurando una lite nuova, affatto indipendente da quella in cui la sentenza fu pronunziata, nella quale l'autorità della medesima non si saprebbe efficacemente invocare, appunto perchè il terzo ha diritto di disconoscerla totalmente.

Ma una lite nuova esige tempo e dispendio non lievi; d'altronde quando una sentenza sarà resa in essa a favore del terzo, si troverà questa in conflitto colla sentenza antecedente che ha data l'occasione di provocarla. Indi possibilità di nuove controversie prima di avere accertati e sistemati

nettamente i rapporti fra il terzo ed i primi litiganti. Senza parlare della ipotesi che negli indugi della nuova lite si consumi l'esecuzione della sentenza precedente e così il danno del terzo s'aggravi o divenga forse irreparabile.

Da queste considerazioni è suggerita l'opportunità di riconoscere nei terzi il diritto di impugnare direttamente la sentenza da cui hanno o temono danno; la deliberazione intorno al diritto del terzo verrà pronunziata in via *di riparazione* alla anteriore: impegnata la controversia in forma di *reclamo* contro di questa, acquista inoltre base razionale l'attuazione di interinali provvedimenti sospensivi (v. n. 532) che garantiscano praticamente l'efficacia del rimedio.

670. Il diritto romano non ebbe fra i suoi istituti alcun mezzo di reclamo speciale in favore del terzo, ma gli conferì il diritto di *appellare* dalla sentenza ogni volta che v'avesse interesse (L. 4, § 2, Dig., 49, 1). Il difetto radicale di questo sistema, che fu mantenuto nel diritto ecclesiastico e in molte legislazioni posteriori, sta nella confusione che esso lascia fra la natura dell'interesse per cui è ammessibile il reclamo del terzo e di quello per cui si concede di reclamare alle parti in causa. Per il terzo infatti, non vi è mai pregiudizio giuridico dalla sentenza; egli non potrebbe essere autorizzato ad insorgere contro una pronuncia perchè *il principio* consecrato in essa sarebbe a lui dannoso quando lo si applicasse ad un suo diritto. È semplicemente il danno temibile dalla *esecuzione* della sentenza, come sopra notammo, che dev'essere prevenuto nei di lui riguardi; ossia non il pregiudizio giuridico, ma la turbativa civile semplicemente, può riconoscersi come legittimo titolo al suo reclamo. Il diritto di appello invece abbraccia e difende così il pregiudizio giuridico come la turbativa civile. E sebbene in pratica l'appello del terzo possa avere avuto opportunità di prestare il servizio medesimo della opposizione di terzo, non pare fondata l'opinione che questo nostro moderno rimedio derivi immediatamente da quello antico predetto, dimenticando, fra altro, che l'appello è proposto per l'indole sua a un giudice superiore, mentre la opposizione di terzo, in ragione della propria natura, è devoluta al giudice stesso che proferì la sentenza impugnata.

L'ordinanza del 1667 introdusse nel diritto giudiziario francese l'istituto della *tierce opposition,* che fu accolto poi dai redattori di quel codice di procedura, migliorandone le forme e le applicazioni e chiudendo del tutto ai terzi la via dell'appello. Il codice sardo nel 1854 limitò l'esercizio della opposizione di terzo al solo caso in cui i creditori intendessero d'impugnare le sentenze proferite a carico del debitore dicendole effetto di collusione o dolo del medesimo in loro danno; il rimedio andò sotto il nome di: *revoca delle sentenze ad istanza di creditori.* L'esempio era stato dato dal codice ginevrino del 1819 (art. 266, corrispondente all'articolo 321 codice del 1891); lo seguì anche il codice sardo del 1859. Erasi dubitato che il codice francese non ammettesse l'opposizione dei creditori nei casi di dolo o collusione che sembrava opportuno concedere; invece, pei terzi in generale, erasi stimato che bastasse il presidio delle azioni ordinarie loro competenti, senza uopo di autorizzarli ad impugnare sentenze che rispetto a loro non possono acquistare forza di regiudicata.

671. Le considerazioni superiormente esposte dimostrano però la utilità della *tierce opposition* francese. Il rimedio speciale accordato ai creditori dai codici di Ginevra e di Piemonte ha pure titolo incontestabile al favore della scienza e della legislazione. Il creditore, non potendo esercitare sul patrimonio del suo debitore diritti maggiori di quelli che a costui competano, è rappresentato virtualmente in ogni giudizio che sostenga lo stesso debitore in difesa dei propri interessi. Quindi le condanne giudiziarie legittimamente pronunziate a di lui carico pregiudicano senza scampo il creditore, in quanto diminuiscono il patrimonio che garantiva le sue ragioni. Suppongasi però che il debitore abbia provocata o lasciata pronunziare una condanna ingiusta a proprio carico (reale o simulata, è indifferente), col doloso divisamento di frodare le ragioni e le azioni dei creditori. In questo caso egli non li ha rappresentati davvero, mentre non ha agito per la tutela del suo patrimonio, ma per uno scopo diametralmente contrario. Sorge pertanto nei creditori medesimi il diritto di esercitare allora le azioni che *doveva* esercitare il debitore (v. art. 1234 cod. civ.) e

questo diritto si può attuare processualmente in una foggia rapida ed efficace, impugnando la sentenza che fu con malo proposito provocata o tollerata.

Merita lode per conseguenza il legislatore italiano che, togliendo il meglio da ciascheduno dei surricordati modelli, accolse la *tierce opposition* del codice francese, concedendone l'uso a difesa di qualsivoglia turbativa che soffra il terzo per una sentenza proferita fra altre persone (art. 510); e del pari accolse la *revoca della sentenza ad istanza dei creditori,* o per meglio dire volle che la opposizione di terzo fosse data anche ai creditori per impugnare le sentenze *che sono effetto di dolo o collusione a loro danno* (art. 512).

672. Chi si giova della opposizione di terzo si assoggetta ad una indeclinabile restrizione. Egli deve accettare la lite nel grado in cui è giunta. Quindi se la sentenza a cui fa opposizione fu pronunziata in sede d'appello, in codesta sede (salvo ricorso per cassazione) egli deve impugnarla. Appare invero troppo naturale che una sentenza di appello non possa essere impugnata dinanzi al giudice inferiore; del pari è agevole comprendere come non convenga deferire al giudice superiore la opposizione contro una sentenza di primo grado, poichè essendo quella del terzo una azione nuova è giusto che fruisca del doppio esame, fin che lo stato della causa principale lo consente.

Nel determinare che l'opposizione di terzo si propone davanti la stessa autorità giudiziaria che proferì la sentenza impugnata, la legge avverte che possono su di essa pronunziare gli stessi giudici (art. 511). Infatti non s'impugna la loro sentenza per titolo d'ingiustizia o d'errore, ma si fanno presenti circostanze nuove che modificano il tema di fatto della controversia.

673. Attesa l'indole del reclamo di cui parliamo è ovvio che la forma in cui esso si svolge sia analoga a quella del giudizio ordinario; si inizia quindi mediante citazione, da essere notificata secondo le regole già menzionate (n. 663) per l'istanza di rivocazione (art. 513).

Il terzo non ha obbligo legale di conoscere una sentenza, l'esecuzione della quale può pregiudicarlo, se non quando l'esecuzione stessa è cominciata o compiuta. E forse ancora

non sarà prontissima per lui la conoscenza del danno patito. Non può quindi in via normale essere stabilito un termine perentorio all'esercizio di questo reclamo. Ma quando si tratta di opposizione dei creditori, è giusto assegnarvi un termine, atteso il dovere che loro spetta di vigilare per la salvezza delle garantìe legali dei rispettivi diritti. Quindi è che *dal giorno in cui abbiamo scoperto il dolo o la collusione* decorre per i medesimi un termine perentorio (art. 512) misurato a norma dell'art. 485; ossia di trenta giorni contro le sentenze dei conciliatori, quelle dei pretori, quelle dei tribunali e delle corti d'appello in materia commerciale; di sessanta giorni contro le sentenze dei tribunali e delle corti in materia civile.

674. Della sospensione dell'esecutorietà della sentenza impugnata dal terzo (art. 514) già parlammo (num. 532); aggiungasi che è comune anche a questa materia, giusta l'articolo 515, la disposizione data in tema di rivocazione nell'art. 504 (v. n. 665).

675. Chi soccombe nella opposizione di terzo non *per motivi di merito,* ma perchè il reclamo sia dichiarato *inammissibile* o sia *rigettato* (respinto senza esame), viene condannato nell'ammenda o multa uguali rispettivamente a quelle comminate nel caso di rigetto della istanza di rivocazione (vedi num. 664). Non è però imposto di eseguirne deposito prima della citazione (art. 516).

TITOLO XII.

CESSAZIONE ED INTERRUZIONE DEL PROCEDIMENTO

CAPO I.

Perenzione d'istanza.

676. Fu detto fin dal principio di questi studi (v. n. 72) che la legge mercè l'assegnazione di termini *comminatorii* provvede al sollecito proseguimento dei giudizi iniziati. La loro osservanza è lasciata per intero alla diligenza degli interessati, i quali pertanto con un accordo semplicemente negativo possono conferire una durata di molti mesi a termini fissati dalla legge nella misura di pochi giorni.

Vi sono d'altronde alcune parti del procedimento rispetto alle quali non vi ha nel codice neppur la guarentigia di un termine comminatorio. Così non è fissato termine per proseguire la discussione della causa dopo esauriti certi atti d'istruzione; nè vi sono termini per procedere alla notificazione di una sentenza interlocutoria, o per riassumere il giudizio davanti al magistrato di rinvio dopo la sentenza di cassazione, per tacer d'altri esempi.

Il provvedere a che le liti si svolgano dentro uno spazio di tempo sufficiente a spiegare tutte le difese, ma non soverchiamente più ampio di quanto occorra per tale intento, è senza dubbio di grande utilità, tanto pei fini generali della giustizia come per l'interesse delle parti. Ma quando la legge ha posto a disposizione di queste, o per lo meno della più diligente fra esse, ogni opportuno mezzo atto ad accelerare il corso della procedura, dovrà e potrà spingere oltre la propria sollecitudine, per guisa da colpire con una pena quella negligenza che essendo comune ai contendenti si

può dire per entrambi affatto volontaria? Non poche legislazioni risolsero negativamente la questione; tanto l'austriaca come la germanica lasciano in disparte ogni provvedimento in proposito; laonde le controversie possono rimanere sospese per quanto tempo i litiganti mantengano silenzio, salvo che un termine perentorio sia cagione di decadenza.

Altri codici, il francese, il ginevrino, i sardi, l'olandese, lo spagnuolo, ecc., hanno invece ritenuto che quando il proseguimento di una causa rimane sospeso per un periodo di tempo piuttosto lungo, è da presumere che la parte cui interessava continuarla, vi abbia rinunziato, mentre l'altra abbia tacitamente accettata questa rinunzia, facendone suo pro. Per conseguenza, l'istanza, dopo il decorso di tale periodo, *è perenta,* vale a dire non può essere ulteriormente proseguita. Il legislatore italiano ha accettato questo principio (1). Nel codice ginevrino, anzi, il concetto della perenzione è più nitidamente scolpito, in quanto la sospensione del giudizio, dalla quale decorre il termine perentorio per riprenderlo e proseguirlo, deve avere un momento iniziale, o nello accordo passato fra le parti, o nel difetto di comparizione di entrambe, o in altra delle cause che secondo la legge sospendono l'istanza (v. n. 687 e seguenti) rendendone necessaria la riassunzione (veggansi gli articoli 307, 308, 311 della vigente legge di procedura ginevrina, conformi agli articoli 272, 273, 276 del codice del 1819). La legge austriaca ammette la sospensione convenzionale del procedimento, senza limitarne la durata (§ 168); e attribuisce analogo effetto alla mancata comparizione di tutte le parti a una udienza regolarmente assegnata (§ 170).

---

(1) Si abbia cura di resistere al volgare concetto che considera la perenzione come *una pena* inflitta alla negligenza; pena che non avrebbe nessun fondamento razionale e sarebbe incompatibile col moderno concetto dell'azione giudiziaria civile. È superfluo dimostrare che non ha senso parlare di *pena,* quando basta la volontà delle parti ad eliminarne l'applicazione. Si tenga anche presente che l'odierno istituto può riconoscere un *antecedente storico* nella famosa costituzione *Properandum,* ma sostanzialmente nulla ha di comune con lo scopo e con le disposizioni di essa.

677. Essendo però la *perenzione d'istanza* la semplice espressione della rinunzia tacita agli atti e della sua tacita accettazione, essa è un istituto di mero interesse privato. Quindi nè può il giudice pronunziarla d'uffizio, nè alle parti è interdetto di ripudiarne consensualmente gli effetti.

La *perenzione d'istanza*. non riguarda poi che *gli atti del giudizio;* quanto *all'azione* essa cade soltanto in forza della prescrizione e secondo le regole del codice civile; quindi l'istanza perenta si può riproporre sino a quando non vi formi ostacolo la prescrizione.

Il nostro codice imitò il prevalente indirizzo legislativo, che vuole la perenzione d'istanza operativa in confronto a qualsiasi litigante e così alle persone capaci come agli incapaci, agli enti collettivi e morali d'ogni sorta, allo stato ed agli istituti pubblici (art. 339). È bene notare che la perenzione potrà avere effetto dannoso solo in quanto vi sia stato giudizio validamente iniziato, od in altri termini, allora che l'incapace, o la persona morale, o la pubblica amministrazione, siano stati legalmente rappresentati da chi ne possedeva facoltà e poteri. Onde riescono eliminati i più gravi ostacoli che potrebbero addursi contro la massima indicata.

678. Un'altra regola fondamentale dell'istituto in esame è che la perenzione *si opera di diritto* (art. 340 primo alinea). Il codice francese pose un principio diametralmente contrario (art. 399); compiuto il termine assegnato dalla legge, la parte interessata a giovarsi della perenzione deve proporre *formale domanda al giudice* affinchè la dichiari. Fino a che non s'adempia questa condizione l'avversario può sanare la perenzione proseguendo gli atti. Ma la cosa è poco ragionevole. Il fondamento giuridico della perenzione sta nel tacito accordo delle parti per l'abbandono della lite; se questo si reputa esistere al momento in cui spira il periodo dalla legge assegnato, è da tal momento che debbe ottenere il suo effetto; se invece si concede che il fatto di una sola delle parti, posteriormente al detto periodo, basti ad annullare l'accordo e impedire la perenzione viene apertamente contraddetta e repudiata la sua base scientifica, essendo inammissibile che un vincolo formato per mutuo

consenso si sciolga per atto volontario unilaterale. Il sistema francese sembra essere una applicazione attenuata dal concetto antico secondo il quale la perenzione d'istanza funzionava quale un mezzo di repressione o di pena a carico dei giudici e dei litiganti negligenti. Di un simile concetto, nel moderno sistema dei giudizi civili, non è ammissibile l'opportunità, nè si può riconoscere la legittimità.

Non è escluso dal nostro codice che per togliere ogni equivoco circa la sussistenza della perenzione si domandi al giudice di riconoscerla e dichiararla avvenuta; a patto che la domanda venga proposta *dopo spirato il termine* a capo del quale la perenzione si verifica. Quindi è che la perenzione può essere opposta come eccezione a colui che si avvisasse di continuare il giudizio, allora che essa si trova verificata; come può essere fatta valere in forma di istanza diretta, per iniziativa della parte che intende assicurarsene l'effetto e prevenire le mosse dell'avversario.

Si tratta di una *presunzione di consenso;* la sua forza può essere scossa da una prova od anche da una semplice presunzione contraria. Nel mentre adunque che è ammesso potervi gli interessati rinunziare liberamente, è prescritto che allorquando da una delle parti si tenti di continuare la lite dopo scaduto il termine, colui che intende valersi della perenzione deve opporla *espressamente prima di ogni altra istanza o difesa;* altrimenti si reputa che *vi abbia rinunziato* (capov. art. 340).

Alla stregua del principio che informa questa disposizione, si deve riconoscere che se dopo compiuta la perenzione d'istanza le parti venissero *a trattative di transazione,* ciò implicherebbe il riconoscimento consensuale della sussistenza del litigio, val quanto dire, la rinunzia all'eccezione di perenzione.

Così, se durante il periodo in cui la perenzione dovrebbe compiersi, le parti pattuissero espressamente di *sospendere la lite* per tentare un accordo amichevole o per altro motivo, anche il decorso della perenzione rimarrebbe *sospeso* durante le trattative.

Tengasi presente che le ora espresse ipotesi riferisconsi al fatto *delle parti* o dei loro *legittimi rappresentanti.* Quindi

il patto di *sospendere la lite* sarà valido anche se concluso fra i procuratori giudiziali; le trattative posteriori al compimento della perenzione intendesi all'incontro che debbano procedere fra le parti personalmente o i loro mandatari *ad negotia* investiti di opportune facoltà.

Rimane sospeso ancora il termine della perenzione nel caso e pel tempo in cui la prosecuzione del giudizio sia stata interrotta per ordine del magistrato; il che può avvenire in varia contingenza di casi, sopra istanza dell'una o l'altra fra le parti.

679. Perchè la perenzione sia interrotta, occorre che qualche atto idoneo a proseguire il procedimento, e diretto a questo scopo, venga compiuto prima che il termine abbia fine. L'art. 338 dichiara che la perenzione ha luogo quando nel termine *non sia stato fatto alcun atto di procedura.* Anche un atto nullo può avere efficacia interruttiva, quando si tratti di nullità sanata pel silenzio della controparte; imperocchè sebbene viziato, può questo qualificarsi come *atto di procedura;* non così se fosse colpito da nullità non sanabile, poichè in questo caso non produrrebbe alcun effetto neppure conservativo.

Del resto l'atto interruttivo può essere di qualunque specie, purchè idoneo al proseguimento del giudizio; e può appartenere ad un incidente od alla causa principale, consistere nella iscrizione a ruolo, nella notificazione di una sentenza e via via. Non è accettabile l'opinione che la *domanda* alla cancelleria della copia di una sentenza, di una ordinanza, di un verbale, che dovrebb'essere notificato o comunicato, o la spedizione medesima della copia, basti ad interrompere la perenzione; di questa guisa si *prepara* un atto di procedura ma non lo si *eseguisce.* È pure atto preparatorio, non atto di continuazione della procedura, la domanda per ammissione al gratuito patrocinio, giacchè essa non ha natura di atto che si effettui *nel giudizio* e dinanzi l'autorità giudicante.

Una condizione indispensabile alla efficacia dell'atto interruttivo è che esso sia compiuto in condizioni processuali che lo rendano idoneo a far proseguire il giudizio. Laonde, dopo verificatosi uno dei casi d'interruzione d'istanza (vedi

numero 687 e segg.), il primo atto idoneo ad interromperne la perenzione è quello di riassunzione; ed ogni altro atto, compiuto dalla parte che avrebbe interesse a riassumere l'istanza, è per sè inetto a impedire il compimento della perenzione, salvo che l'altra parte, accettando la continuazione del giudizio, renda superfluo l'atto di riassunzione.

Il termine per la perenzione può decorrere in qualunque stadio del giudizio. Essa colpisce l'*istanza*, non l'*istruttoria* semplicemente. È quindi in errore chi crede che dopo rimasta ferma la iscrizione a ruolo in procedimento formale il detto termine non possa più iniziarsi e compiersi.

680. Poichè la *istanza* (domanda giudiziale, eccezione, domanda riconvenzionale) può essere riproposta dopo la perenzione, in nuova sede di giudizio, era consigliato da una prudente economia di atti armonizzante coi dettami della logica più rigorosa, di conservar valore alle *prove raccolte* nel giudizio perento; ciò che ieri era vero non può cessare d'esserlo domani. Ed era consigliato del pari di mantenere l'effetto *delle sentenze pronunziate* (art. 341, primo alinea). La legge allude naturalmente alle sentenze *incidentali* od *interlocutorie*, che abbiano deciso una questione attinente al merito della controversia, o affermata la competenza del giudice sovra di essa. Le quali, o sono passate in giudicato prima della perenzione, e dovranno essere rispettate per l'autorità irrevocabile che posseggono; o non sono passate in giudicato e rimarranno suscettibili dei rimedi a norma dei casi consentiti per impugnarle; ma il magistrato che le ha proferite non deve più essere eccitato a decidere lo stesso punto di controversia, non convenendo all'interesse della giustizia ch'egli sia posto nella tentazione di contraddirsi, o che lo si costringa a ripetere oziosamente la sua pronunzia.

Ma, salvo l'effetto della sentenza, la perenzione annulla gli atti che la precedettero come quelli che la susseguirono, eccettuate, come si disse, le prove assunte o per accordo delle parti od in esecuzione di sentenza interlocutoria.

681. Un esame assai importante è quello che riguarda la perenzione d'istanza nei giudizi promossi in via di reclamo contro sentenze definitive od interlocutorie. La perenzione

si compie nei giudizi d'opposizione di contumace o di terzo, d'appello o di rivocazione. E ne annulla gli atti. Il suo effetto logico è quello di una *rinunzia al reclamo*. Per conseguenza, se si tratta d'opposizione del contumace o del terzo, resterà possibile al contumace di appellare, se è in termine (1), ed al terzo di esercitare l'azione ordinaria a cui abbia diritto, giusta la regola che perenzione non estingue l'azione. Se si perime invece il giudizio di appello o quello di rivocazione, la sentenza impugnata acquista l'autorità che le deriverebbe dalla rinunzia ai detti rimedi; e lo dichiara categoricamente il capoverso dell'art. 341: « La perenzione nei giudizi d'appello o di rivocazione dà *forza di cosa giudicata* alla sentenza impugnata ».

Suppongasi però che il giudice d'appello, o quello della rivocazione, abbia, con sentenza *interlocutoria*, *riformato* o *rivocato* quella *definitiva* impugnata, ordinando atti d'istruzione ulteriori in continuazione del processo, e dopo tale pronunzia si verifichi la perenzione. Quale ne sarà l'effetto? Non quello di far passare in cosa giudicata la sentenza impugnata, che, essendo stata *riformata* o *rivocata*, più non esiste.

Pertanto, se si tratta di perenzione d'appello, dovrà dirsi che le parti sono rimesse nello *statu quo ante iudicium*, non avendo più efficacia nè gli atti del primo grado nè quelli del secondo. Sarà quindi libero alle parti d'instaurare *ex novo* l'azione in prima istanza: ma nello svolgimento di questa avranno impero gli effetti della sentenza interlocutoria di appello e varranno le prove raccolte in esecuzione della medesima; simile efficacia avranno le sentenze interlocutorie dell'antecedente giudizio di primo grado e le prove in esso raccolte, in quanto non siano incompatibili con la sentenza interlocutoria d'appello.

In sede di rivocazione, invece, le parti si troveranno rimesse nello stato *anteriore al precedente giudizio di prima o di seconda istanza* (secondo che nell'uno o nell'altro grado

---

(1) Ma se il termine per appellare fosse già spirato, la perenzione del giudizio di opposizione promosso dal contumace, conferirebbe forza di giudicato alla sentenza contumaciale (v. nota al n. 91).

sia stata pronunziata la sentenza rivocata), e si dovrà quindi far luogo alla restituzione di quanto fosse stato conseguito in virtù della sentenza rivocata, la quale non può ormai esercitare alcun valore in causa della perenzione. Rimarrà salva la facoltà di intentare una novella azione, se la sentenza revocata era di primo grado; se poi era di appello, potrà eventualmente essere ancora possibile rinnovare il giudizio in tale grado, se il termine perentorio non sia compiuto.

Nella ipotesi contraria, che il giudice della rivocazione o dell'appello, ordinando con sua interlocutoria certi atti d'istruzione, *lasci in sospeso* la pronunzia intorno alle sorti della sentenza definitiva impugnata, la perenzione del giudizio d'appello o di rivocazione eliminerebbe ogni effetto di tale interlocutoria, non che delle prove che in seguito ad essa fossero state raccolte, appunto perchè incompatibili con l'autorità di cosa giudicata che acquista, per virtù della perenzione, la sentenza impugnata.

Così noi pensiamo sia esattamente e razionalmente interpretato il secondo inciso del capoverso dell'art. 341; nel quale dichiarasi che la perenzione nei giudizi d'appello o di rivocazione non dà luogo al passaggio in giudicato della sentenza impugnata, *quando ne siano stati modificati gli effetti da altra sentenza pronunziata nei detti giudizi.*

Dobbiamo però notare che la esposta interpretazione non è accolta in modo del tutto pacifico. La discussione si agita esclusivamente intorno al caso di perenzione dell'appello, che è il più comune e frequente. Qualcuno opina che una sentenza interlocutoria d'appello *modifichi gli effetti* di quella definitiva di prima istanza impugnata, anche se non ne pronunzia esplicitamente la riforma, e perfino se esplicitamente *sospenda* di deliberare intorno ad essa, purchè l'analisi del processo e delle ragioni che influirono sopra l'animo del secondo giudice persuada che egli seguì un indirizzo di pensieri e di raziocinî contrario a quello accolto dal primo giudice. Onde si reputa che sia necessario non già di guardare se la sentenza interlocutoria d'appello *nel suo dispositivo* pronunzia o no la *riforma* di quella di primo grado, ma bensì di analizzare i *motivi* della sentenza stessa,

ponendoli a raffronto col dispositivo, per discernere in ogni caso se fu *intenzione* del giudice d'appello di *modificare* gli effetti della sentenza appellata, in pendenza della maggior istruttoria della causa.

Ma questa teoria non può trovare accoglienza presso chi voglia essere rigoroso e fedele interprete della legge. Seguendo le idee ora accennate si verrebbe alla conseguenza che ogni volta che in appello da una sentenza definitiva sia stata pronunziata una interlocutoria, s'imponga la necessità di ammettere che *gli effetti* della definitiva furono *modificati.* Imperocchè non può darsi assolutamente (e per poco che uno vi rifletta se ne capacita subito) che se il giudice d'appello avesse seguìto l'identico ordine di raziocinî e di pensieri di quello di primo grado, fosse venuto alla conseguenza finale di pronunziare diversamente, ossia di prescrivere nuovi atti di istruttoria colà dove il primo aveva trovato opportuna e matura la decisione sul merito. Nè sarebbe il caso di distinguere fra le istanze d'istruttoria che erano state già proposte nel giudizio inferiore e quelle che lo siano *ex novo* in appello; perchè lo accogliere le une come lo accogliere le altre impronta del pari la sentenza del magistrato superiore d'un indirizzo nuovo e diverso da quello della precedente. Sia pure che rimarrà fra le cose possibili che la decisione finale del secondo grado suoni identica a quella del primo; ma *intanto* non cessa di essere vero ed intuitivo che nel periodo contenzioso in cui è pronunziata ed ha impero la sentenza interlocutoria, la *mente del giudice d'appello,* quale da essa appare raffigurata, è contraria od almeno divergente da quella del giudice di prima istanza. Pertanto, la teoria di cui parliamo cancellerebbe tutta l'importanza della distinzione che pure è scritta a chiare note nell'art. 492 (v. nn. 603, 604), fra le interlocutorie che *riformano* e quelle che *non riformano* la sentenza definitiva appellata, venendosi invece a stabilire che *in tutti i casi* una sentenza interlocutoria d'appello *riforma* la definitiva appellata, anche quando espressamente dichiara di *sospendere la pronunzia sulla riforma domandata dall'appellante.*

Non vogliamo disconoscere che questo erroneo concetto ha una genesi abbastanza scusabile nel modo poco felice

in cui l'art. 492 ha regolati i rapporti fra le sentenze definitive appellate e quelle interlocutorie pronunziate in appello. Del che abbiamo tenuto discorso al citato n. 604; dalle considerazioni ora esposte deduciamo argomento nuovo per dimostrare quanto sarebbe ragionevole, preferibilmente a tutto, che si stabilisse nella legge il principio che una sentenza definitiva di primo grado non possa essere dal giudice d'appello *riformata* se non colla sua *sentenza definitiva*, rimanendone sospesa l'autorità (salvo l'effetto della clausola di esecuzione provvisoria) durante tutto il tempo che occorre al giudizio d'appello. Codesta sarebbe disposizione meglio rispondente ai dettami della logica del diritto ed alla semplicità della legge. Ma quando non si aderisse a questa idea, converrebbe almeno fare un passo più in là di quello segnato nell'articolo 492, e stabilire che la riforma di una sentenza definitiva di primo grado può essere ordinata dal giudice di appello con sentenza interlocutoria soltanto nel caso in cui ordini il rinvio della causa per l'ulteriore proseguimento alla autorità inferiore. Allora veramente la dichiarazione di riforma sarebbe logica ed utile; perchè non può essere concepita la persistenza dell'autorità e del vigore di una decisione definitiva di quello stesso giudice dinanzi il quale la lite è di nuovo in corso d'istruzione per ricevere da lui medesimo nuova definizione. Ed allora non si avrebbe possibilità di equivoci neppure rispetto alla perenzione, giacchè rinviata la causa al primo giudice, la perenzione decorrerebbe ormai per il giudizio di prima istanza, non più per quello d'appello, l'uffizio del quale sarebbe, allo stato degli atti, esaurito.

Ma stando le disposizioni legislative ora vigenti, l'intelligenza dell'art. 341 non può essere diversa da quella che noi propugniamo. Esso contempla l'*ipotesi* che una sentenza interlocutoria d'appello *modifichi gli effetti* di quella di primo grado; ciò a filo di logica dimostra che il legislatore ha considerato altresì esservi casi nei quali l'interlocutoria d'appello *non modifica gli effetti* di quella di primo grado. E tali casi sono per lo appunto quelli in cui *non sia pronunziata la riforma* della sentenza appellata. Per convincersi praticamente della esattezza di questa soluzione si ricorra al pensiero di ciò che avverrebbe nel caso in cui la sentenza

definitiva di prima istanza fosse *provvisoriamente esecutiva*. La pronunzia della sentenza incidentale d'appello, la quale non contenesse la *dichiarazione di riforma* di quella appellata, non solo non impedirebbe d'intraprendere o di continuare l'esecuzione forzata della sentenza appellata, ma non fornirebbe nemmeno titolo efficace all'appellante per invocare inibitorie (v. n. 595). Ciò è pacifico fra tutti gli scrittori e nella più autorevole giurisprudenza. Ora che cosa significa codesta perduranza del valore della clausola provvisionale se non precisamente che *gli effetti* della sentenza di primo grado *non sono stati modificati* da quella interlocutoria d'appello? E chi non vede che sarebbe il colmo degli assurdi che questa sentenza di primo grado, la quale può ricevere esecuzione forzata *dopo* la sentenza interlocutoria d'appello, fosse minacciata di *perdere* i suoi effetti per la perenzione successiva del giudizio di seconda istanza?

682. Il termine in cui si compie la perenzione d'istanza *nelle cause civili* è di tre anni per quelle davanti i tribunali e le corti di appello (art. 338), di un anno per quelle davanti i pretori (art. 447 capov.), di sei mesi per quelle davanti i conciliatori (art. 464 capoverso primo). Questi termini nelle cause commerciali, col criterio molto discutibile di assecondare i proverbiali, per quanto ipotetici, *speciali bisogni del commercio*, furono ridotti alla metà (art. 877 cod. di comm.) (1). Per le cause contumaciali formali era stabilito un termine eccezionale di perenzione, nell'art. 383, di sessanta giorni decorribili dalla scadenza del termine per comparire. Ma ormai

---

(1) Parecchie sentenze hanno ritenuto che per applicare il termine più breve di perenzione si debba soltanto indagare se le parti nel trattare la lite considerarono commerciale la materia di essa, indipendentemente dalla realtà della sua natura. Respingiamo tale insegnamento. Sta bene una norma di questo genere per stabilire il termine dell'appello (v. la nota al n. 609), poichè la definizione della causa si fonda allora sulla presunzione di legalità della sentenza di primo grado. Ma nel caso che ora si esamina non vi è nessuna presunzione analoga; e l'errore commesso dalle parti nel designare la natura della causa è soggetto a rettificazione fin che pende il giudizio; è adunque un circolo vizioso il dire alle parti: il giudizio non esiste più, perchè a voi è piaciuto chiamarlo commerciale; mentre esse possono obbiettare che, accertatesi che tale non era, ritennero di non pregiudicarsi col serbare silenzio durante il periodo di perenzione delle cause commerciali.

questa perenzione non ha più luogo, perchè tutte le cause si iniziano col rito sommario, per la legge 31 marzo 1901; e la contumacia viene accertata all'udienza; nè si può disporre il proseguimento di un giudizio a rito formale se non dopo rinnovate le citazioni, quando occorra, a norma e per gli effetti dell'art. 382, sì che la contumacia dei convenuti non comparsi è definitivamente dichiarata nella ordinanza che dispone la mutazione del rito (articolo 10 delle disposizioni approvate con r. d. 31 agosto 1901).

Atteso il carattere consensuale dalla tacita rinunzia da cui deriva la perenzione, si trovò giusto disporre che le spese del giudizio rimangano fra le parti compensate (art. 342).

683. Non corre il termine per la perenzione d'istanza durante il giudizio sul ricorso per cassazione. Questo non è un privilegio nè una contraddizione ai principii. La perenzione è istituita quasi per sanzionare la volontaria negligenza delle parti nel mandare a termine la loro lite. Ora, le formalità del giudizio di cassazione, in quanto devono essere adempiute dalle parti, è mestieri lo siano nei termini prescritti dalla legge. Una volta esaurite, la maggiore o minore durata del giudizio, cioè il più o meno lungo intervallo alla destinazione dell'udienza, dipende dal primo presidente della corte, il quale provvede conformemente alle necessità del servizio; e sarebbe privo di senso il reputare abbandonata la contesa dalle parti, per quanto a lungo ne venga protratta la decisione.

Ma pronunziata la sentenza della corte di cassazione, questo stato di cose eccezionale deve aver fine; e, se sia ordinato il *rinvio* della causa, dipende dalla diligenza dei litiganti portarla ad ultimazione più o meno presto. Quale sia il momento da cui può incominciare il corso della perenzione rispetto al giudizio di rinvio è argomento di molte e varie soluzioni, fra le quali ondeggiano i pareri, anche delle supreme magistrature. Chi ne pone l'inizio al dì della *pubblicazione* della sentenza di cassazione e rinvio, chi a quello della sua notificazione, chi, infine, alla data della citazione che ripropone la causa dinanzi al giudice di rinvio. La prima opinione fu altra volta da noi seguìta; ma poi, come fu dichiarato nella precedente edizione, studiando meglio il

problema, adottammo la terza (vedi il trattato dell'*Appello civile*, n. 1482). L'annullamento proferito dalla corte di cassazione, non instaura *ipso iure* il nuovo processo in grado di appello, ma soltanto conferisce alle parti il diritto di instaurarlo. Perchè una istanza si perima, bisogna anzitutto che essa esista: non basta adunque la potenzialità; occorre l'effettività della sua esistenza. Di più, occorre che vi sia un giudice investito della domanda, affinchè possa esservi un giudice investito della competenza di dichiararne la perenzione. Nè il giudice di rinvio potrebbe dichiarare essersi perenta innanzi a sè una domanda, che non fu mai portata alla sua cognizione.

Diversamente è a dire del caso in cui il giudice d'appello, con sentenza interlocutoria rinvii la lite per una maggiore istruzione al primo grado. In questo caso abbiamo una sentenza interlocutoria sul merito. Perciò il termine di perenzione incomincia dal giorno della pubblicazione di questa; è interrotta dalla sua notificazione, come lo è del pari dalla proposta del ricorso per cassazione, o dalla citazione innanzi al giudice di primo grado.

CAPO II.

Rinunzia agli atti del giudizio.

684. Accanto alla rinunzia *tacita*, o *presunta*, sta quella *espressa*. Non si può negare ad una parte la facoltà di rinunziare *agli atti della causa intrapresa*, se riflessioni migliori la dissuadano dal proseguirla. La rinunzia agli atti del giudizio non è da confondere però coll'abdicazione al diritto od alla pretesa che volevasi far valere in giudizio. Come *la perenzione d'istanza*, essa non ha effetti che sulla procedura iniziata e lascia libero il rinunziante di riproporre la domanda. Indi due corollari importantissimi:

1° La rinunzia può essere operata da chiunque ha potestà e capacità di stare in giudizio per sè o per altri. Essa non influisce sopra *il diritto*, per rinunziare al quale potrebbero occorrere poteri od autorizzazioni speciali o maggiori. Molto

spesso la rinunzia agli atti del giudizio si risolve in un provvedimento che mira alla migliore tutela del diritto. Questo primo corollario è sancito nel capoverso dell'art. 343.

2° La rinunzia per essere operativa ha bisogno della *accettazione della parte avversaria.* Tale accettazione, come testè si è veduto, è tacita, al pari della rinunzia, nell'istituto della perenzione. La necessità che qui venga prestata esplicitamente deriva dalla circostanza stessa che la rinunzia non estingue l'azione. Ora può essere interesse massimo della parte contraria al rinunziante che sovra l'azione venga deciso addirittura e che si elimini la minaccia di future molestie dalla sua sopravvivenza temibili. Pertanto, se non v'è bisogno di accettazione affinchè valga la rinunzia *al diritto* od *alla azione*, è legittimo che essa si esiga nella ipotesi ora contemplata. Ed all'accettazione come elemento integrativo degli effetti della rinunzia accennano infatti univocamente gli articoli 343, 344 e 345. Essa però non occorre in cassazione (vedi n. 638), nè quando l'abbandono dell'appello o della domanda di rivocazione ha per effetto il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, poichè in questi casi se ne hanno i risultati della vera e propria rinunzia all'azione (v. n. 549).

685. La rinunzia agli atti del giudizio può essere operata in qualunque stato e grado della causa (art. 343). Di quella relativa al ricorso per cassazione furono indicate le forme al n. 638. — Negli altri stadi del procedimento tanto la rinunzia come l'accettazione della medesima, o la revoca che volesse operarsene prima dell'accettazione, si eseguiscono mediante notificazione o scambio in udienza di comparsa firmata dalla parte, ovvero da procuratore munito di mandato speciale (art. 344).

686. Negli *effetti*, la rinunzia accettata non può diversificare dalla perenzione d'istanza compiuta. Solo in riguardo alle spese, è sancito l'obbligo nel rinunziante di rifonderle all'altra parte (art. 345). Infatti non vi ha come nella perenzione uno *spontaneo abbandono consensuale* della procedura, ma il consenso all'abbandono da parte dell'accettante è *domandato* direttamente dal rinunziante al quale la rinunzia è da presumere riesca vantaggiosa.

CAPO III.

Cause di riassunzione d'istanza o costituzione di nuovi procuratori.

687. Il *contraddittorio delle parti* (reale o potenziale) è uno dei fattori del giudizio (n. 27); esso deve non solo essere provocato all'inizio della controversia, mediante l'atto di citazione, ma continuare durante tutto il corso della medesima, senza di che il giudizio cesserebbe dall'essere regolare. Cause diverse possono *interrompere* il contraddittorio o farlo *mancare* dopo la citazione. Non parliamo della *contumacia*, giacchè le nozioni intorno ad essa stabilite dimostrarono già come nel giudizio contumaciale esista pure un contraddittorio virtuale. Alludiamo invece alle cause indipendenti dalla volontà dei litiganti, che abbiano per effetto di privarli della possibilità di proseguire nella difesa del proprio rispettivo assunto. Esse possono distinguersi secondo che riguardano le parti stesse ovvero i loro rappresentanti. La parte, se è persona fisica, può morire o cambiare stato nel corso della lite; se è persona morale, può mutar rappresentante. Il procuratore costituito può morire, cessare dall'esercizio, subire sospensione od interdizione dal suo uffizio. In ciascuna di queste ipotesi si verifica una cagione che toglie od almeno diminuisce la possibilità di mantenere vivo il contraddittorio, laonde il legislatore le considerò opportunamente come motivi di *interruzione di istanza*, dettando norme dirette a ripristinare il contraddittorio qualora si verifichi l'uno o l'altro dei menzionati eventi.

688. Se l'individuo citato in giudizio muore prima che scada il termine a comparire, la citazione non raggiunge il suo effetto processuale, a meno che l'erede volontariamente comparisca. Rimane troppo incerto se l'erede non comparso abbia o non abbia avuto notizia di essa, perchè si possa riconoscerla operativa in di lui confronto. Quindi si dovrà *rinnovarla*. Lo stesso è a dire pel caso in cui, prima della scadenza del termine a comparire, il convenuto muti di stato,

ossia da minorenne (citato quindi in persona del tutore) divenga maggiorenne, ovvero da persona *sui juris* passi ad essere interdetto, ecc.; e lo stesso eziandio pel caso in cui, date le condizioni predette, quegli che fu citato come rappresentante di una pubblica amministrazione, di un ente morale o collettivo, di un istituto pubblico, cessi dall'uffizio che teneva nel momento della citazione (art. 332).

La citazione che si rinnova prende il nome di *citazione per riassunzione di istanza.* Essa sarà diretta nei vari casi contro gli eredi del convenuto, contro il minorenne divenuto maggiorenne, contro il tutore dello interdetto, il nuovo titolare dell'uffizio, e via dicendo. La sua notificazione deve farsi nelle forme ordinarie (art. 336). Non si deve per altro pensare che la prima citazione rimanga destituita d'ogni efficacia. Essa produrrà tutte le conseguenze di cui è capace come atto di costituzione in mora od interruttivo di termini perentorî; una massima contraria non si potrebbe nemmeno concepire.

Se alcuni dei fatti sovra indicati si producesse, nelle medesime circostanze di tempo, relativamente alla persona dello attore, la possibilità di instaurare un vero e proprio contraddittorio verrebbe meno ugualmente. Indi è che l'art. 332 riconosce effetto interruttivo alle cause summenzionate nei riguardi di qualunque dei litiganti.

689. Avvenuta la costituzione dei procuratori, sembra manifesto che la morte, il cambiamento di stato, o la cessazione dall'uffizio di una delle parti, influiscano meno gravemente sulla persistenza del contraddittorio. La parte, od i suoi eredi o nuovi rappresentanti, trovano fra sè e l'avversario l'interposizione del procuratore costituito, che è in dovere di informarli del giudizio in corso e di tutelare, almeno in via interinale, l'interesse di cui ha assunto il patrocinio. La legge non ha però voluto escludere in via assoluta che le dette cause valgano ad interrompere il procedimento, se produconsi dopo costituiti i procuratori, ma le ha considerate diversamente in relazione a due diverse fasi della procedura. Se la lite *non è ancora in istato di essere decisa,* si interrompe il procedimento e rendesi necessaria la riassunzione d'istanza *qualora sia notificato uno dei casi anzidetti*

(art. 333); invece, se *è in istato di essere giudicata* il giudizio prosegue, senza uopo di citazione riassuntiva, sia o non sia fatta notificazione dell'evento (art. 335).

La ragione della distinzione è manifesta. Nel corso del giudizio la notificazione dell'avvenimento interruttivo stabilisce essere cessato il regolare contraddittorio, condizione indispensabile a garantire la difesa delle parti. Ma quando il còmpito di tale difesa è finito, l'avvenimento perde il suo carattere *interruttivo*, nel senso che le parti non hanno ormai che da attendere la parola del giudice sulla loro controversia, e non v'ha danno sensibile per conseguenza della morte, del cambiamento di stato, o per la cessazione dall'uffizio.

Ma quando si potrà dire che la causa si trova in istato di essere giudicata? A nostro parere vi sarebbe un solo istante comune ad ogni sorta di procedimento, in cui cessa d'esservi danno o disparità di condizioni fra le parti per l'evento interruttivo: precisamente quello in cui si è finita la discussione orale delle cause di competenza dei tribunali e delle corti, od in cui si riconosce la controversia sufficientemente istruita in quelle di competenza dei pretori. La legge invece occupandosi solo dei giudizi davanti ai tribunali e alle corti stabilisce che la causa è in istato di essere giudicata quando sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo nel rito formale, o cominciata la relazione alla udienza nel sommario (capov. art. 335). Tenendo conto delle facoltà riconosciute alle parti nei periodi procedurali che possono così mancare di contraddittorio, il sistema non pare lodevole. Basti accennare che dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo si può deferire il giuramento decisorio, e che di questa facoltà viene privata la parte rispetto alla quale verificossi l'evento interruttivo.

L'eventualità di riassunzione d'istanza a procedimento formale non si può riferire oggi che all'ipotesi di lite in cui fu ordinata la mutazione del rito. E poichè l'avvenimento interruttivo non ha nessun rapporto con le ragioni che determinarono la detta mutazione, la citazione riassuntiva dovrà farsi (per eccezione al nuovo sistema della legge 31 marzo 1901) secondo le norme del procedimento formale, osservate le

disposizioni degli art. 158 e segg. del codice. In tal senso è l'ultimo capoverso dell'art. 10 delle disposizioni approvate col r. d. 31 agosto 1901.

690. Le notificazioni della morte, del cambiamento di stato, o della cessazione dall'uffizio dovranno essere fatte ai procuratori delle altre parti, su richiesta del procuratore già costituito, ovvero su quella del nuovo litigante che dovrebbe subentrare in giudizio. Se però questi costituisca spontaneamente il proprio procuratore nell'atto in cui notifica l'evento interruttivo, od in seguito, non fa mestieri ulteriormente di riassumere l'istanza. È del resto possibile che la citazione riassuntiva venga eseguita dalla stessa parte a cui riguardo essa divenne necessaria.

Se la parte che subentra al defunto, od assume la rappresentanza dell'incapace, o dell'ente morale, o dell'uffizio, ecc., fosse già per altro titolo in causa, o vi avesse costituito procuratore, è logico che le formalità della riassunzione possano semplificarsi. Indi con ragione si è stabilito che basti in questo caso riassumere la istanza mediante comparsa notificata al di lei procuratore (art. 336).

La notificazione (per mezzo d'usciere) fu la forma indicata fin che il procedimento formale era ordinario; essendo comune a tutti gli atti di tale procedimento. Mutato il sistema della procedura fu stabilito nell'art. 28 delle disposizioni sul procedimento sommario che tanto la notificazione dell'avvenimento interruttivo come quella di spontanea comparizione della parte che subentra ad altra in giudizio, possono farsi per comparsa comunicata in udienza insieme coi documenti giustificativi. È pure disposto nel medesimo articolo (primo alinea), che dopo la notificazione dell'evento interruttivo la causa debba essere cancellata dal ruolo, per esservi reiscritta dopo la citazione riassuntiva.

691. Le cause d'interruzione del procedimento che riferisconsi alle persone dei procuratori, sono, come accennammo, la morte, la sospensione od interdizione, la cessazione dall'esercizio. La legge ha ritenuto talmente notorio ciascuno di questi avvenimenti, stante il carattere pubblico della funzione del procuratore *ad lites*, da non doverne mai occorrere notificazione per prodursi a cagion di essi l'interruzione

dell'istanza. È ovvio d'altronde considerare che la mancanza improvvisa del legale patrocinatore può arrecare alla difesa un danno più grave ed immediato che non alcuno dei fatti riguardanti le persone delle parti. È però mantenuta la distinzione già spiegata, fra le cause in istato di essere giudicate e quelle che non lo sono. Rispetto alle ultime, soltanto, è prescritta la *citazione per costituzione di nuovo procuratore*, nei casi di morte, cessazione dall'esercizio, sospensione od interdizione; l'interruzione del giudizio in ciascuno di essi ha luogo di diritto, cioè a dire senza bisogno che i detti casi vengano notificati (art. 334).

692. Nella pratica forense l'applicazione delle regole analizzate incontra talora difficoltà gravi. Esse hanno invero il difetto di essere espresse in termini troppo generali e di non tener conto della diversità delle fasi in cui può trovarsi la lite allorchè si compie l'avvenimento interruttivo.

Un avvertimento importante è da aggiungere. Quando la parte citata per riassunzione d'istanza o per costituzione di nuovo procuratore non comparisca, la causa si prosegue in sua contumacia (art. 337). Dovranno essere osservate le regole del giudizio contumaciale, rispetto alla persona citata e non comparsa; ma sarà tenuto conto, come di ragione, delle difese che erano state presentate nello stadio anteriore alla interruzione.

LIBRO TERZO

PROCEDIMENTI ESECUTIVI

TITOLO I.

REGOLE GENERALI

CAPO I.

Dell'esecuzione forzata e dei titoli esecutivi.

693. L'intento della giustizia civile non può essere limitato a dirimere i conflitti fra privati, dichiarando il diritto che è fra loro in contrasto in favore di quel contendente cui ne spetta legittimamente l'utilità e la disposizione. Codesta funzione, da sola, sarebbe insufficiente ai bisogni sociali. Importa ancora che colui il quale possiede un diritto ottenga dai poteri dello stato i mezzi idonei ed efficaci per far adempiere la correlativa prestazione dall'obbligato; od in altre parole, che i diritti accertati abbiano la guarentigia della *esecuzione forzata* sotto l'egida e le discipline della legge; senza di che, o le dichiarazioni dell'autorità giudiziaria avrebbero un semplice valore accademico, o la violenza tornerebbe a regnare per effetto di esse nelle relazioni giuridiche fra i cittadini.

Altrove (vol. I, num. 202) abbiamo segnata per grandi linee la distinzione fra il procedimento di *dichiarazione del diritto*, e quello di *esecuzione forzata*. Qui conviene rendere più concreta tale differenza con una osservazione fondamentale. Mercè il primo dei menzionati procedimenti noi possiamo invocare dal magistrato il riconoscimento di un nostro diritto, qualunque ne sia l'oggetto. Quindi le *con-*

danne giudiziarie possono ordinare l'adempimento di una obbligazione *di dare* o *di fare*, debitamente giustificata; e sovra l'una specie come su l'altra impera in ugual modo l'autorità della cosa giudicata. Volgendo il pensiero ad un procedimento esecutivo, è facile invece considerare come le obbligazioni di *fare* non possano esserne direttamente oggetto, per la impossibilità di costringere chicchessia a fare ciò da cui il suo volere repugna, a meno di ricorrere a mezzi che a lor volta repugnano alla civiltà e alla ragione umana, e che pure non raggiungerebbero sempre il loro intento (1). Onde è mestieri che le obbligazioni di *fare* siano convertite in obbligazioni di *dare* — cioè di prestare il risarcimento pecuniario che corrisponde al valore dell'ineseguita obbligazione — affinchè diventi possibile costringere nelle vie legali il debitore riluttante o moroso ad adempierle. Ed in questo senso la procedura esecutiva ha sempre per oggetto obbligazioni di *dare*.

694. Non venendo adempiuta una obbligazione di dare, è infatti agevole di concepirne la esecuzione forzosa, consistente nel togliere dal patrimonio del debitore quanto fa bisogno, di numerario o di altri averi, per attribuire al creditore il soddisfacimento del suo diritto, dentro il limite dei mezzi di cui dispone il debitore. Ma quale sia il titolo giuridico sul quale può venire fondata una teoria scientifica della *espropriazione* non è detto con ciò ed abbisogna anzi di qualche chiarimento.

La storia della procedura esecutiva ci attesta che i popoli antichi — alludiamo a quelli presso i quali l'idea del diritto ottenne più notevole sviluppo — hanno originariamente accolto nelle loro legislazioni un sistema che la civiltà odierna non approva, vogliamo dire la *coazione personale*. Codesto sistema diede vita ad istituzioni più o meno barbare, ma tutte feconde di gravi inconvenienti, sia che guardisi alle feroci comminatorie scritte nella terza delle dodici Tavole, o che si ripensi alle meno immiti sanzioni della semplice

---

(1) Anche supponendo l'impiego di rigorosissimi mezzi di coazione, come si potrebbe astringere un pittore a dipingere un quadro, un poeta a dettare un carme, ecc.?

prigionia o del servizio a pro del creditore che il diritto romano posteriore ebbe comuni con le leggi di altri paesi. Pure sembrerà naturalissima la prevalenza che per molti secoli siffatte leggi poterono conservare, a chi rifletta come la loro genesi si debba rintracciare in quelle remote costituzioni economiche dei popoli primitivi che fondaronsi sulla collettività dei possessi fondiari e dei maggiori possessi mobiliari. Solo le cose strettamente inerenti all'uso e alla difesa della persona erano allora considerate sua pertinenza individuale; ma queste non pel titolo giuridico della proprietà, bensì come parti complementari necessarie della individualità umana, strette alla medesima da un vincolo che non è sciolto neppure dalla morte; onde le vesti, le armi, gli ornamenti, le provvigioni, seguivano il defunto nella tomba. In generale, poi, lo scarso valore di simili oggetti impediva che si risvegliassero intorno ad essi cupidigie o gelosie. Nasceva naturalmente da questo stato di cose l'idea che non altrimenti l'uomo potesse soddisfare il debito verso il proprio simile, se non col servizio personale; indi le coercizioni a prestare tale servizio in caso di rifiuto o di renitenza; indi ancora nello svolgersi e complicarsi dei rapporti sociali, la vendita o cessione ad altri del diritto di ottenere i servizi personali del debitore; e finalmente la schiavitù imposta a carico di costui, per tanto tempo quanto fosse necessario a liberarlo dalle inadempiute obbligazioni.

695. Formatesi con lunga elaborazione attraverso molti secoli, le idee dalle quali trasse origine il sistema della coazione personale, non vennero meno d'un tratto allorquando la proprietà collettiva cedette gran parte dell'antico impero alla proprietà individuale, e questa diventò il perno economico delle organizzazioni sociali. Anzi dobbiamo osservare quanto siano profonde le radici da esse poste nella coscienza umana, se ancora oggi, nel pieno fiorire della civiltà, presso popoli che si vantano antesignani di ogni progresso del pensiero e del sentimento, ne restano in vigore più o meno importanti residui.

Nondimeno era inevitabile che lo sviluppo della proprietà individuale esercitasse una influenza decisiva sopra la generalità e la efficacia del sistema della coazione personale. Esso

non poteva più rimanere in prima linea nè aspirare al migliore posto nell'ordinamento delle procedure giudiziarie esecutive, giacchè oramai i creditori trovavano maggiore tornaconto a rivalersi direttamente sui beni, anzi che sulla persona del debitore, per essere più direttamente e più presto rimborsati. Onde una vera trasformazione del giudizio esecutivo da *personale* in *patrimoniale*. Il rispetto al diritto individuale di proprietà, — che la religione proteggeva come sacro, — diede la prima impronta a questo nuovo sistema: si volle che fosse, coi mezzi giudiziari, costretto il debitore stesso a compiere con apparenza di spontaneità gli atti occorrenti per disporre dei suoi beni a legittimo soddisfacimento dei creditori. E perchè la coazione praticamente riuscisse, si ricorse allo espediente di sostituire al proprietario insolvente un delegato dell'autorità giudiziaria, il quale mettendosi in possesso dei beni ne curasse la vendita per ripartirne indi il prezzo fra i creditori. Questa è la prima forma di espropriazione giudiziaria organizzata regolarmente nelle leggi romane; essa ha ancora, nel diritto nostro, una corrispondenza abbastanza rimarchevole con l'istituto del curatore nella procedura di fallimento, la quale altro non è se non una espropriazione generale del patrimonio del commerciante insolvente, intrapresa e compiuta nell'interesse collettivo della massa dei suoi creditori.

695 ***bis***. In questi cenni, per necessità rapidissimi, non si pretenda di ravvisare un disegno storico, ma soltanto un accenno ai punti sommi della materia, vasta e varia forse più d'ogni altra. La procedura esecutiva, col volgere del tempo, diventò in Roma più semplice. Eliminata la formalità della *missio in possessionem* e con essa la funzione del curatore o delegato alla vendita, questa si compie sotto la direzione del magistrato, ad istanza dei singoli creditori; è l'autorità del magistrato che consuma la vendita, *aggiudicando* i beni al compratore che si presenta a offrirne un migliore prezzo; è l'autorità stessa che determina e regola la distribuzione del danaro così ottenuto, fra i creditori che vi hanno diritto.

In sostanza, il sistema della espropriazione forzata dei beni viene ad assumere in tal guisa (poco importa per ora

ricercare le particolarità dei riti e delle cautele procedurali che attraverso molte vicende sono venute delineandosi con crescente perfezione nelle leggi contemporanee) quell'aspetto giuridico che razionalmente le conviene di fronte al sistema della proprietà individuale. La facoltà di disporre liberamente dei beni che il singolo debitore possiede (art. 436 cod. civ.) non è compatibile con l'ordine e la stabilità della convivenza civile, se al proprietario non è imposta una obbligazione generale, moderatrice del suo diritto sul patrimonio: quella di usare dei beni per il soddisfacimento dei suoi creditori. Tale principio generale, che da secoli impera, e che dovrà imperare per quanto duri fra le nazioni civili l'istituto della proprietà individuale, è tradotto oggi in una formola solenne ed esplicita della nostra legislazione e di quelle affini: tutto il patrimonio di qualsiasi debitore servir deve all'adempimento delle obbligazioni da lui contratte (art. 1948 codice civile). Solo in periodi di barbarie potè essere disconosciuto e manomesso, quando privilegi personali e reali,che alla moderna concezione del diritto appaiono perfino inverosimili, imposero e mantennero stridenti disuguaglianze fra le condizioni giuridiche degli uomini riuniti in una medesima consociazione. Ma di queste anomalie, che interessano la storia, non è qui luogo per tener discorso. Oggi, sul patrimonio privato sono bensì ammessi in certi casi titoli di prelazione a favore di creditori che legalmente li abbiano acquistati sopra determinati beni (pegni, privilegi, ipoteche). Ma da ciò non esce veruna contraddizione al principio generale dianzi enunciato: soltanto ne deriva una norma regolatrice dei rapporti tra i creditori nel loro concorso sul prezzo del patrimonio, o della parte di patrimonio, che a carico del loro debitore comune formò oggetto di una espropriazione (cod. civ., art. 1949).

695 *ter.* Qual è adunque l'uffizio del magistrato nel procedimento esecutivo?

Rammentiamo l'analisi esposta altrove sull'indole della azione civile e sul rapporto per virtù di essa svolgentesi fra tre soggetti: le due persone contendenti e la sovranità dello stato rappresentata dal magistrato nell'esercizio della funzione giurisdizionale (vol. I, n. 12). Nella fase esecutiva,

il contrasto fra i due soggetti giuridici si presenta in questi termini: l'uno di essi, pretendendosi creditore, vanta il diritto di ottenere un prelevamento dalla sostanza patrimoniale dell'altro, il quale, o ricusa di compiere, o semplicemente non compie, gli atti necessari per soddisfare simile pretesa. Ecco due volontà in conflitto; l'applicazione della legge deve eliminare quella di esse che è alla legge contraria; e tale applicazione spetta al magistrato. Come nel procedimento di dichiarazione il magistrato, mercè l'applicazione della legge, *impone* il riconoscimento del diritto del litigante cui questo spetta, eliminando la volontà contraria dell'avversario e ad essa sostituendo l'autorità del giudicato, così nel procedimento di esecuzione egli similmente *impone* lo adempimento del diritto accertato, sostituendo tale volontà a quella ostile o renitente dell'altra parte. Nè la volontà stessa può altrimenti spiegarsi se non mediante gli ordini e gli atti necessari a che effettivamente si ottenga quel risultato che ricondurrà l'impero della legge a disciplinare, senza ulteriore possibilità di contrasti, la relazione fra i due soggetti. Indi le facoltà date al giudice, dalla legge, in questo momento dell'azione: di *volere*, in luogo del debitore insolvente, la *disposizione* di tanta parte del suo patrimonio quanta occorre che sia realizzata in proporzione al credito esigibile; e di *destinare* la somma conseguita *al pagamento* del credito stesso. Indi, per logico corollario, anche la sostituzione della volontà del giudice nel consentire a nome del proprietario il trasferimento dei beni ad un terzo acquirente, contro lo sborso del relativo prezzo.

Queste le linee fondamentali della procedura di espropriazione. Esse sono integrate da un complesso di linee secondarie, rappresentanti il sussidio di altra funzione di sovranità (esecutiva, di polizia) all'opera della giurisdizione, affinchè l'esecuzione forzata si compia e produca effetto in conformità delle leggi. Lo sviluppo concreto del suo carattere emergerà appunto dalla esposizione che ora ne intraprendiamo. Qui basti accennare: che opportune cautele sono istituite perchè solo la qualità certa di creditore dia titolo a provocare la giudiziaria alienazione dei beni del debitore; perchè a costui non manchi la libertà e la garanzia della

difesa contro pretese illegittime od eccessive; perchè sui beni che sono nel patrimonio di un debitore ottengano salvezza e rispetto i diritti reali da altri legalmente acquistati, siano essi diritti di poziorità i cui effetti debbansi appunto verificare nella sede della esecuzione forzata, oppure diritti reali che il trasferimento della proprietà, come fatto intervenuto fra terzi, non vale trasformare o diminuire.

Data questa configurazione del procedimento esecutivo, la funzione giurisdizionale non altro vi rappresenta se non la manifestazione legale e coatta della volontà del debitore espropriato. Non si può ammettere adunque che la personalità giuridica del debitore vi sia estranea nè in tutto nè in parte, poichè essa vi interviene costantemente, immedesimata nelle disposizioni e negli ordini del magistrato. Chi vende è il debitore; chi paga col ricavo della vendita i creditori che vi hanno diritto, è ancora il debitore. Fin che la cosa non è escita per effetto di una vendita consumata nelle forme di legge dal suo patrimonio, si deve considerare sempre contenuta in esso; finchè il danaro ricavatone non è realmente percepito dai creditori a estinzione delle loro pretese, esso è proprietà del debitore; come è proprietà sua quanto può sopravanzare dal pagamento. Questa ci sembra la teorica che più correttamente si deve desumere dal sistema del nostro diritto positivo, la quale, a nostro avviso, è anche la più razionale e giusta. Quali applicazioni, e di che importanza, riceva, lo vedremo a tempo opportuno. Senza impegnarci qui in discussioni accademiche su altre teoriche che nelle regioni astratte della metafisica giuridica possono apparire seducenti, come quelle che intendono a conferire una personalità fittizia loro propria ai beni sottoposti ad espropriazione giudiziaria, durante il periodo di svolgimento di questa, esterniamo la ferma opinione che non consuonino nè alle norme vigenti, nè ai criteri della utilità sociale, che sono la pietra di paragone della bontà di ogni dottrina, nel campo dei nostri studi.

696. In quanto alla *coazione personale,* essa non ha più ragione come mezzo giuridico per raggiungere i fini della giustizia civile, una volta accolta una procedura che permette di costringere la volontà del debitore moroso,

senza trascorrere a violenze contro la sua individuale libertà. Non saprebbe adunque sopravvivere nei codici di popoli civili se non come una *pena,* o come un espediente indirizzato a tutelare *la moralità pubblica.* Se per simili titoli possa essere legittimata, esamineremo più oltre (n. 858).

Accennammo al consenso prestato dal giudice per la vendita del patrimonio del debitore onde ricavarne i mezzi per il pagamento spettante ai creditori. L'obbligazione può consistere per altro nella prestazione di una cosa *determinata nella sua specie* ed esistente nel patrimonio del debitore. Allora gli atti di coazione sono diretti semplicemente ad assicurare, mercè l'opera della giustizia, la trasmissione del possesso della cosa dal debitore al creditore. Va quindi tracciata una divisione dei procedimenti esecutivi in due classi: di quelli di *espropriazione* e di quelli per *consegna o rilascio dei beni*, mobili od immobili. Alle quali due classi è necessario aggiungerne una terza, dovendo parlare tuttavia dell'*arresto per debiti*, che è mantenuto — in proporzioni ormai insignificanti — nella nostra legislazione.

697. Perchè in favore d'un diritto sia concessa la guarentigia della esecuzione forzata non è indispensabile che esso sia riconosciuto da una sentenza. La dichiarazione per mezzo di una sentenza riesce necessaria quando il diritto trovisi soggetto a controversia; ma allorchè sovra del medesimo non esista o non sia nota nè presunta alcuna contestazione, ma anzi l'ipotesi ne debba essere allontanata, in grazia della *certezza* inerente al titolo da cui dipende, sembrò superfluo prescrivere al creditore sagrificio di tempo e di spese (le quali ricadrebbero a maggiore aggravio del debitore) per ottenerne la dichiarazione, in forma di condanna, dal magistrato. Nel mentre pertanto che la legge richiede indeclinabilmente un *titolo certo e solenne* a prova del diritto pel quale si voglia procedere all'esecuzione forzata, titolo che essa qualifica col nome di *esecutivo* (art. 553), riconosce tre distinte categorie di titoli esecutivi (art. 554). Le due principali sono costituite dalle *sentenze* e dagli *atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro pubblico uffiziale autorizzato a riceverli.* La terza dalle *ordinanze* e dagli *altri atti ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo.* Inoltre,

giusta l'art. 323 del codice di commercio, la *cambiale* ha *gli effetti* di titolo esecutivo per il capitale da essa portato e per gli accessori.

Ciascuna delle menzionate categorie di titoli esecutivi sarà qui appresso brevemente illustrata. È mestieri di osservare intanto, in via generale, che la forza esecutiva del titolo si fonda sulla *certezza* del credito, come testè accennammo, e sulla sua *liquidità*, condizioni senza delle quali non si può procedere ad esecuzione forzata (art. 568). Il credito è *certo*, quando il titolo fornisce la prova diretta ed irrecusabile del medesimo; è *liquido* se ne risulta dal titolo medesimo la identificazione in quella specie e in quella quantità in cui debb'essere soddisfatto. Quindi se si tratta di esecuzione per consegna o rilascio di una cosa mobile od immobile, è liquido il credito allorchè la specie della cosa è identificata dal titolo esecutivo; se debbasi agire in espropriazione di beni, o per arresto, fa d'uopo invece che il credito sia accertato *in una somma di danaro*. Ond'è che risulta stabilito nel capoverso del citato art. 568 non meno che nell'art. 2081 del codice civile essere necessario che il debito, di qualunque natura esso sia, venga determinato in numerario prima che si possa procedere alla vendita dei beni mobili od immobili del debitore od all'arresto personale.

698. Abbiamo detto che sono titoli esecutivi in primo luogo le *sentenze*. Questo nome si riferisce soltanto alle sentenze dei magistrati ordinari nazionali (1). Esse acquistano tale qualità se essendo proferite *in primo grado di istanza* sono trascorsi i termini per l'opposizione e l'appello nei casi in cui questi rimedi competono; l'acquistano immediatamente quando non ammettano opposizione nè appello, o quando sono state dichiarate *provvisoriamente esecutive*. Sono poi esecutive immediatamente le sentenze proferite *in grado d'appello,* giacchè il ricorso per cassazione non ne

(1) Sotto questa designazione di *magistrati ordinari* sono da comprendere anche quelli investiti di giurisdizioni speciali, poichè nei limiti delle proprie attribuzioni essi pure posseggono la piena giurisdizione, rappresentano cioè la sovranità dello stato, della quale costituiscono una emanazione diretta.

sospende l'esecuzione. Delle sentenze di arbitri e di quelle di giudici stranieri parliamo più innanzi (n. 702 e segg.).

Le sentenze della corte di cassazione non possono essere titoli esecutivi se non per il pagamento delle spese ed indennità nelle medesime liquidate, oltre le spese della sentenza e della notificazione (art. 554, n. 1). Ciò è ben naturale, in quanto la pronunzia sul merito della causa è semplicemente di rigetto o di cassazione, quindi non suscettibile d'esecuzione forzata. Abbiamo in precedenza accennato (n. 646) che le spese del giudizio di cassazione potrebbero non essere state tassate nella sentenza e le indennità non liquidate, ovvero liquidate parzialmente, ricordando eziandio al proposito le regole dell'articolo 571. Il legislatore non ritenne di dover deferire alla corte di cassazione le controversie ulteriori dirette a fornire titoli esecutivi per la ripetizione delle spese e dei danni, considerando che la non eseguita tassazione o liquidazione dinoti il bisogno di ulteriori ricerche ed accertamenti di fatto, pei quali, malgrado la regola di competenza dell'art. 103 (vol. I, n. 182), parve meno acconcia sede il giudizio innanzi la corte suprema. Pertanto l'art. 571 dispone che le controversie sulla esecuzione delle sentenze della corte di cassazione per le spese non tassate, per le indennità non liquidate, e le domande per danni maggiori da liquidarsi in seguito di *rigetto del ricorso* o *rinunzia al medesimo,* sono portate davanti l'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza della quale si chiedeva la cassazione. Invece, le controversie riguardanti la restituzione di quanto si fosse conseguito *in dipendenza della sentenza cassata* appartengono all'autorità giudiziaria a cui è rinviato il nuovo esame. Anche qui era da considerare che la sentenza *di cassazione* non può *accertare* il credito di colui che eseguì la sentenza di cui poscia ottenne l'annullamento, sicchè da sola non può servire di titolo esecutivo per la restituzione di quanto fu pagato, pel caso che questa non abbia luogo volontariamente; ed era inopportuno ancora, attesa l'indole della giurisdizione della corte suprema, darle l'incarico di sentenziare sulle contese che in siffatta materia avessero a formarsi. Quando la cassazione della sentenza d'appello sia pronunziata *senza rinvio*, la cognizione delle ora dette

contese appartiene all'autorità giudiziaria dalla quale la medesima era stata proferita. Con le disposizioni qui menzionate l'art. 571 stabilisce una speciale competenza per connessione di causa, sottoponendo *ad un medesimo giudice* le questioni accessorie che hanno relazione al merito della causa. Perciò, nei tribunali e nelle corti divise in più sezioni, l'*autorità giudiziaria* menzionata in cotesto articolo non è il tribunale o la corte in genere, ma la sezione che pronunziò la sentenza o a cui la causa è rinviata.

699. In quanto ai contratti ricevuti da notaro od altro pubblico uffiziale autorizzato a riceverli, vuolsi anzitutto avvertire che questa designazione concerne soltanto gli atti pubblici definiti ed indicati nell'art. 1315 del codice civile e non ancora le scritture private autenticate dai detti uffiziali. L'accertamento della verità delle firme — che solo deriva dalla autenticazione — non basta a conferire certezza al contenuto dell'atto. Benchè ristretto in confini severamente tracciati, il sistema della legge patria non appare il migliore. Non possiamo far di meno di ricordare qui il voto espresso altrove circa l'opportunità che i documenti di credito regolari nelle forme, senza distinzione fra pubblici e privati, avessero a ricevere forza esecutiva per semplice decreto di giudice, condizionato nei suoi effetti alla mancanza di opposizione della parte debitrice entro un breve termine da prefiggere all'uopo (1). Codesta procedura ci sembrerebbe più conveniente dal punto di vista del giudizio esecutivo anche rispetto agli atti pubblici contrattuali. Il credito può essere in tutto o in parte estinto; può essere vincolato da condizione sospensiva o risolutiva: normalmente è sempre soggetto ad un termine di esigibilità; senza dire che l'atto pubblico può essere impugnato non solo con la querela di falso ma ancora con l'azione di simulazione. Ora, secondo

---

(1) L'istituzione di cui parliamo, e che con fervida convinzione propugniamo, trova autorevoli esempi nella così detta *procedura per mandato*, ammessa dal regolamento austriaco (§§ 548 a 554) e dal codice di procedura dell'impero germanico (§§ 628 a 643). Di essa ci siamo occupati nella relazione sul secondo tema discusso al Congresso giuridico di Firenze nell'anno 1891, e in una conferenza al Circolo giuridico di Napoli nel febbraio 1901, ottenendo in entrambi i luoghi cordiali e unanimi adesioni.

la nostra legge, l'atto pubblico serve in ogni caso come titolo esecutivo; e ciò porta la conseguenza che il possessore di esso possa abusarne od almeno farne uso intempestivo; il che poi dà origine a controversie in sede di esecuzione, l'oggetto delle quali è proprio del procedimento di dichiarazione. E prescindendo pure da simili considerazioni, l'autorità del titolo esecutivo (in relazione altresì ai principii teorici dianzi stabiliti) si presenta al pensiero del giurista come legittima, solo quando possa scorgervi il riflesso della sovranità esercitata dal potere da cui emana la sanzione del diritto. Ora non è davvero possibile riconoscere nel notaro un organo di sovranità; ed ha un certo che di stonato ed improprio il dare a lui la facoltà di emettere la formola esecutiva (v. n. 701), le cui parole stesse richiamano all'idea della legittima disposizione del potere politico.

Questo discorso ci conduce a toccare della forza esecutiva attribuita alle cambiali. Per quanto si sottilizzi, osservando che l'art. 323 del codice di commercio ha semplicemente conferiti ad esse *gli effetti* di titolo esecutivo, non di meno è certo che dal punto di vista processuale una nuova specie di titoli esecutivi si è venuta ad aggiungere a quelli contemplati nell'articolo 554 del codice. Questa novità non può essere approvata. La cambiale è un documento privato di credito; e qualunque siano le necessità di una buona legislazione cambiaria, il privilegio concedutole è eccessivo e poco cauto. Si è creduto imitare le leggi tedesche; ma si è dimenticato che esse fanno derivare la forza esecutiva della cambiale da una pronunzia di giudice, sempre indeclinabilmente necessaria (1). Vi era modo benissimo (seguendo appunto codesti esempi) di conciliare i bisogni del commercio e della banca coi dettami della scienza, ai quali repugna di ammettere che un documento privato di credito contenga guarentigie di certezza sufficienti per farne un titolo di esecuzione forzata.

---

(1) Pel codice di procedura germanico, è prescritta la citazione del debitore cambiario, pur essendo conceduto speciale favore di riti e di termini (§§ 555 a 567). Pel nuovo regolamento austriaco (§§ 555 a 559), come già pel vecchio (ordinanza ministeriale 31 marzo 1850), è all'uopo ordinato un rito analogo a quello della *procedura per mandato*, di cui nella nota precedente.

Aggiungasi, in via generale, che premettendo un decreto di magistrato a dar vigore esecutivo alle obbligazioni contrattuali in genere, o cambiarie in ispecie, renderebbesi possibile anche di autorizzare in virtù di esso l'iscrizione di ipoteca giudiziale, il che costituirebbe una inestimabile guarentigia pei creditori, più positiva ed efficace che la facoltà di procedere immediatamente alla spropriazione.

Chi possiede un atto pubblico avente forza esecutiva, od una cambiale, può anche iniziare in base ad essi il giudizio di dichiarazione sopra il suo credito nelle vie ordinarie. Si preferisce molte volte questa via, per conseguire una sentenza la quale dia titolo all'iscrizione dell'ipoteca. Nè così facendo si rinunzia alla forza esecutiva del documento, che potrà del pari essere utilizzata.

700. Abbiamo già avuto parecchie occasioni di parlare d'*ordinanze* e d'altri *atti* che hanno forza esecutiva. Tali le ordinanze *incidentali* proferite nei casi urgenti, quando si tratti di materia suscettiva d'esecuzione forzata; quelle relative alla liquidazione ed al pagamento delle spese di giudizio, quelle sulle azioni di nunciazione o in liti possessoria, e simili. Tali ancora l'atto con cui si presta la cauzione, il verbale di conciliazione per valore non superiore alla competenza del giudice conciliatore, o del pretore; più innanzi vedremo essere esecutivi i mandati di pagamento e le note di collocazione che sono gli atti con cui si chiudono i processi d'espropriazione di mobili e d'immobili. Sono differenti le ragioni della esecutorietà accordata nei vari casi a codesti titoli; ma tutte siffattamente intuitive da non occorrerne affatto la analitica illustrazione (1).

701. Data l'esistenza del titolo esecutivo, la legge vuole che sia rivestito di un segno speciale di riconoscimento di questa sua qualità, segno che gli debbe venire impresso dall'autorità o dall'uffiziale pubblico da cui emana, allo scopo che ne risulti evidente l'esecutorietà e si possa procedere in virtù del medesimo agli atti di coazione. Esso

---

(1) Hanno forza esecutoria i ruoli delle imposte e quelli delle entrate delle pubbliche amministrazioni ed altri istituti che fruiscono del beneficio della esecuzione fiscale; così pure gli atti di ingiunzione, emessi dai competenti uffizi, pel pagamento di tasse; nè vi occorre formola esecutiva.

consiste in una formola di comando che viene aggiunta alla copia autentica del titolo, rilasciata al creditore affinchè possa procedere all'esecuzione. Questa formola è qualificata *esecutiva* e si dice *spedita in forma esecutiva* la copia del titolo che ne viene rivestita (art. 555). Di cotale imitazione del sistema francese, crediamo molto discutibile la serietà. Imperocchè, se si tratta di sentenze, la formola esecutiva venendo data dal cancelliere, emana da un rappresentante molto indiretto di quel potere cui appartiene la funzione sovrana della giurisdizione, e del quale perciò le pronunzie sono naturalmente esecutive; quanto agli atti contrattuali, lo stesso uffiziale che li ha ricevuti li munisce della formola, onde non vi si aggiunge neppure un granello di autorità ad aumento di quella in origine posseduta.

La formola esecutiva è richiesta in via generale, salve le eccezioni determinate dalla legge. Come più importante fra le eccezioni notiamo per prima quella relativa alle cambiali, giusta l'art. 67 del regolamento per l'esecuzione del codice di commercio. Altre ne emergono dall'art. 307 del regolamento generale giudiziario che dispensa dalla formola esecutiva le ordinanze di tassazione di spese emesse dai giudici delegati nei casi indicati dagli articoli 245, 267, 288, 377 del codice e 302 del regolamento stesso. Così pure ne vanno esenti i ruoli delle imposte e gli atti di ingiunzione fiscale.

Le copie spedite in forma esecutiva o quelle che ne fanno le veci, devono essere munite del sigillo dell'autorità giudiziaria o del notaio (art. 305 e 306 regol.). Se gli atti contrattuali debbano essere eseguiti in altra giurisdizione, si richiede inoltre che siano legalizzati dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione sono stati ricevuti (capoverso art. 556).

La formola esecutiva è testualmente determinata (art. 557) nel seguente tenore: « *Comandiamo a tutti gli uscieri che ne siano richiesti ed a chiunque spetti, di mettere ad esecuzione la presente, al ministero pubblico di darvi assistenza, a tutti i comandanti ed uffiziali della forza pubblica di concorrervi con essa quando ne siano legalmente richiesti* ». Ad avviso nostro questa formola non può essere alterata, ma deve trovarsi ripetuta fedelmente ed integralmente negli atti che

si vogliono usare come titoli esecutivi. E ciò pel motivo che trattasi appunto di un semplice requisito esteriore il quale non ha ragione filosofica, ma ripete la sua esistenza dal beneplacito della legge; non si può dunque distinguere fra elementi sostanziali ed accidentali della formola; tutti gli elementi che la compongono sono essenziali, in quanto la esatta riproduzione di essa è il solo modo corretto di adempiere il precetto della legge. Però non intendiamo dire con questo che qualunque materiale e inconcludente omissione o variazione sia causa di nullità.

Le copie in forma esecutiva devono essere intitolate in nome del re. Se l'atto (p. es. una sentenza) fosse *ab origine* intitolato nel nome di un re defunto, la copia che ne venga spedita in forma esecutiva dopo la di lui morte porterà appiedi, prima della trascrizione della formola, una seconda intitolazione al nome del successore (1).

702. Oltre i titoli esecutivi che sono tali per loro natura, altri possono divenirlo, mediante l'adempimento di determinate formalità. Così è delle sentenze degli arbitri, delle sentenze dei tribunali stranieri, degli atti autentici ricevuti fuori del regno.

Le sentenze degli arbitri, per poter diventare titoli esecutivi, devono essere depositate in originale, unitamente agli atti di compromesso, nel termine di giorni cinque dalla sottoscrizione, da uno degli arbitri o da un mandatario speciale, nella cancelleria della pretura del luogo in cui sono state pronunziate. Del deposito si fa processo verbale, sottoscritto dall'arbitro o suo mandatario, dal pretore e dal

---

(1) Non occorre tuttavia rinnovare le copie già spedite in forma esecutiva sotto il nome del re defunto, essendo questo il simbolo o contrassegno della sovranità dello stato, la quale non subisce innovazione. Invero, nello stato rappresentativo, non è il comando personale del re, ma l'autorità della legge che dà forza al titolo esecutivo. Mutando invece la forma di governo, sarebbe necessario rinnovare la spedizione dei titoli in forma esecutiva. Nelle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice di procedura (30 novembre 1865) si volle rendere meno grave questa necessità per i cittadini, sottoponendo all'osservanza della nuova legge soltanto i titoli che non erano ancora eseguibili al tempo della attuazione (art. 12). Si noti però che a quel tempo non vi fu mutazione di forma di governo, ma fu soltanto unificata la legislazione processuale.

cancelliere. Nel termine di giorni cinque, il pretore munisce la sentenza di decreto che la dichiara esecutoria (art. 24). Se il deposito non venga eseguito (dice il testo citato), la sentenza *è nulla;* ciò significa meramente che non acquista il valore di titolo esecutivo, non potendo del resto impedirsi alle parti di farvi acquiescenza ed eseguirla ad ogni modo.

Il decreto d'esecutorietà può anche non essere dal pretore accordato. Ma le indagini permesse a questo magistrato riguardano soltanto l'estrinseco della sentenza; così se mancasse il compromesso, se la sentenza fosse firmata da arbitri diversi da quelli indicati nel compromesso, o priva di data, o depositata al di là del quinto giorno, o per mezzo di persona non autorizzata, potrebbe ricusarle l'esecutorietà. Ogni altra questione toccante al merito od all'intrinseca validità del lodo arbitrale è riservata a differenti sedi, come si rileverà trattando di questa materia nel seguente libro. Se il pretore non accorda la esecutorietà, o se una delle parti ritiene che abbia agito contro la legge pronunziandola, si può farne *reclamo*, mediante citazione dell'altra parte, al tribunale civile da cui il pretore stesso dipende, qualunque sia il valore della causa, o la materia, od il grado di giurisdizione (art. 25). Questo reclamo apre una controversia *in primo grado di istanza* (poichè il contraddittorio è quivi per la prima volta instaurato), limitata naturalmente a conoscere delle questioni che possono in codesta sede venire discusse.

703. Le sentenze delle autorità giudiziarie straniere possono ricevere esecuzione forzata nel regno dopo che la corte d'appello, nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, abbia conceduto ad esse la esecutorietà. All'uopo deve istituirsi un *giudizio di delibazione* in cui si esamina:

1° se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria *competente* secondo le leggi dello stato a cui essa appartiene;

2° se le parti siano state *regolarmente citate*, nelle forme prescritte dalla legislazione straniera;

3° se, secondo tali forme, esse sieno state legalmente *rappresentate*, o legalmente *contumaci;*

4° se la sentenza contenga disposizioni *contrarie all'ordine pubblico od al diritto pubblico interno del regno* (art. 941).

La esecutività viene accordata quando concorrano tutte le condizioni indicate ai nn. 1, 2 e 3 e non si verifichi l'ipotesi contemplata al n. 4, il quale sta in perfetta correlazione con l'articolo 12 delle *Disposizioni preliminari al codice civile.*

Il giudizio di delibazione viene promosso dalla parte che vi ha interesse, con citazione delle altre; già il codice aveva stabilito per tale procedimento il rito sommario. La sentenza straniera deve essere presentata in copia autentica (art. 942). È menzionato nel codice l'obbligo di sentire il pubblico ministero; esso però si deve ritenere cessato, dopo la legge 28 novembre 1875.

Una forma eccezionale d'iniziamento del giudizio di delibazione è quella della *richiesta nelle vie diplomatiche.* Per lo più questa richiesta viene fatta mediante una *rogatoria* dell'autorità giudiziaria straniera che ha proferita la sentenza, ed ha fondamento nei trattati internazionali, in relazione con le discipline processuali particolari di certi stati. In ogni modo però, la rogatoria non toglie la necessità che il giudizio sia preceduto da regolare citazione. Quindi il capoverso 2° dell'articolo 942 stabilisce che nel caso di richiesta per via diplomatica, se la parte interessata non abbia costituito un procuratore che promuova il giudizio di delibazione, la corte d'appello, sopra istanza del pubblico ministero, nomina d'uffizio un procuratore che lo promuova in di lei nome (1).

---

(1) In analoghi sensi: cass. Roma, 20 maggio 1895 (*Giur. it.*, 1895, I, 1, 447), a proposito di rogatoria emessa da un'autorità giudiziaria dell'impero austro-ungarico, col quale è in vigore questo sistema. Fra l'Italia e la Francia si ritiene che abbia sempre efficacia il trattato che quest'ultima stipulò con la Sardegna il 24 marzo 1760, in virtù del quale una corte d'appello di uno dei due stati può chiedere con rogatoria alla competente consorella dell'altro stato che dia esecutorietà alla sentenza emessa da un tribunale da quella dipendente. Fu controverso se tale rogatoria, a tenore del trattato predetto fosse indispensabile anche nella ipotesi di delibazione richiesta nelle forme del codice di procedura dalla parte interessata. La corte di cassazione di Roma accolse dapprima, con sentenza 23 giugno 1887 (*Giur. ital.*, 1888, I, 1, 342), la soluzione affermativa, che fu a ragione censurata, come quella che introduceva un inutile rigore di formalità, e che fu poi disdetta dalla medesima corte a sezioni unite, con sentenza 26 aprile 1889 (*Giur. it.*, 1889, I, 1, 545). Del resto, fu rettamente giudicato che neppure il trattato franco-sardo esclude la obbligatorietà del contraddittorio fra le parti in sede di

Le sentenze proferite nei giudizi di delibazione sono suscettibili, secondo la prevalente dottrina, di tutti i rimedi, ordinari e straordinari compatibili con una pronunzia resa in grado d'appello; quindi di ricorso per cassazione, di rivocazione e di opposizione del terzo: non meno che della opposizione di contumace, nel caso che tale si renda la parte contro cui il giudizio fu promosso e concorrano le altre condizioni richieste per l'esercizio di tale reclamo.

Per l'affinità che praticamente presentano le due materie, la legge dispone (art. 943) che si osservano le norme testè esposte anche per ottenere l'esecutorietà nello stato dei provvedimenti di sequestro dati da autorità straniere.

Per fornire in Italia *la prova* di una determinata situazione giuridica stabilita o sanzionata da sentenza estera, non occorre assoggettare questa a giudizio di delibazione; così come non occorre assoggettarvi un documento straniero che debba solo servire come mezzo di prova.

704. Gli atti contrattuali autentici, ricevuti in paese straniero, diventano esecutivi in Italia previo giudizio di delibazione da farsi davanti il tribunale civile del luogo in cui devono eseguirsi. Le norme di tale giudizio sono quelle medesime dette nel numero precedente in quanto risultino applicabili, avvertendo però che la sentenza considerasi proferita in primo grado d'istanza e quindi suscettiva di appello, non già direttamente di ricorso per cassazione (art. 944).

---

delibazione dinanzi la corte d'appello italiana, siavi o non siavi stata rogatoria: cass. Napoli, 17 dicembre 1892 (*Giur. it.*, 1893, I, 1, 416).

Il sistema della *delibazione*, cioè di un semplice esame estrinseco della sentenza estera, è essenzialmente italiano; e per ora è seguito da poche legislazioni. Il sistema francese subordina l'esecutorietà delle sentenze straniere a una vera e propria *revisione del merito* del giudicato; quello germanico si riporta alla considerazione della *reciprocità;* quello inglese tratta le sentenze straniere come semplici *documenti di prova*.

Esso ha ottenuto un successo parziale, sebbene molto circoscritto, mediante la convenzione dell'Aja del 14 novembre 1896 (promulgata in Italia con r. d. 14 maggio 1899), in cui fu stabilito (art. 12, 13) che le condanne alle spese proferite in uno degli stati contraenti, con dispensa dalla *cautio judicatum solvi*, siano rese esecutive in ciascuno degli altri stati, mediante semplice esame di questi due punti: 1° Se secondo la legge del paese in cui fu pronunziata la condanna, la copia della sentenza presentata abbia i requisiti dell'autenticità; — 2° Se ai termini della stessa legge la sentenza sia passata in giudicato.

Rispetto alle cambiali create all'estero, non vi ha nessuna particolare disposizione di legge che le riguardi. Il codice di procedura, nelle disposizioni fin qui ricordate e nell'art. 559, contempla solo le sentenze dei tribunali stranieri e gli atti autentici ricevuti fuori del regno; onde appare chiarissimo che di giudizio di delibazione, a proposito delle cambiali, non possa farsi parola. Un altro punto è da porre fuori di contestazione. Una cambiale contiene tante differenti obbligazioni cambiarie, quante sono quelle personali a cui ha dato occasione; ciascuna accettazione, ciascun avallo, ciascuna girata, è un contratto di cambio autonomo, che ha una sua particolare perfezione e validità indipendente dalle altre obbligazioni nello stesso titolo contenute. Quindi se una cambiale creata all'estero contenesse girate eseguite in Italia od avalli qui prestati e si trattasse di darle esecuzione nei rapporti fra il possessore e l'avallante, fra il giratario e il girante, la sua forza esecutiva in base all'articolo 323 del codice di commercio, sarebbe da riconoscere ineccepibilmente, nei limiti dei detti contratti. Dove sorge qualche cagione di dubitare è nei riguardi di quelle obbligazioni contenute nella lettera di cambio che ebbero vita all'estero. È stato invocato utilmente l'art. 58 del codice di commercio, per dimostrare che esse hanno effetti di titolo esecutivo in Italia. L'art. 58 dispone che *la forma* ed *i requisiti essenziali* delle obbligazioni commerciali, sono regolati dalle leggi o dagli usi *del luogo dove si emettono* e che *la forma degli atti* da farsi *per l'esercizio* e la conservazione *dei diritti che ne derivano* o per *la loro esecuzione*, e gli effetti degli atti stessi, sono regolati dalle leggi o dagli usi del luogo *dove si fanno o si eseguiscono* gli atti suddetti. L'esercizio dell'azione cambiaria è *l'atto* che si fa *per l'esecuzione* di una *obbligazione commerciale;* impossibile adunque negare con fondamento che essa sia contemplata dall'art. 58. Ed applicando questo testo, secondo la distinzione nel medesimo contenuta, dovremo concludere: *a)* che la validità intrinseca dell'obbligazione cambiaria costituita all'estero si deve giudicare in base alla legge straniera; *b)* che riconosciutane a questa stregua la validità, *gli atti per la sua esecuzione* (ossia l'esercizio dell'azione cambiaria), sono regolati dalla legge italiana. In

altre parole, l'articolo 323 del codice di commercio concerne anche le cambiali estere, purchè posseggano la *forma* ed i *requisiti essenziali* prescritti dalla legge straniera. Ma l'accertamento di questa forma e di questi requisiti non deve effettuarsi mediante *giudizio di delibazione;* esse presumerannosi regolari sino a prova contraria, la quale potrà venir data in sede di opposizione agli atti esecutivi promossi in virtù di cambiale estera.

705. Le disposizioni degli articoli 941 e 944, indicando le autorità giudiziarie del luogo dove si deve intraprendere l'esecuzione come competenti pel giudizio di delibazione, lascierebbero un dubbio che è opportunamente dileguato dall'art. 949, il quale dichiara che la forza esecutiva impartita una volta vale per promuovere l'esecuzione forzata anche in altre giurisdizioni.

In via generale, poi, è da tenere presente che le convenzioni internazionali e le leggi speciali prevalgono sulle discipline ordinarie fissate nel codice, quando dalle medesime si discostino (art. 950). Parecchi trattati esistono fra l'Italia ed i governi di stati esteri, sovra questa materia; essi comprendono anche le norme relative all'esecuzione delle sentenze definitive ed interlocutorie dei nostri magistrati in territori stranieri (1).

706. (2).

---

(1) Si trovano in gran parte raccolti nel *Codice di procedura* ordinato dal prof. S. Gianzana e dall'avv. A. Ingaramo, parte quinta (Unione Tip.-Edit., Torino 1896, nuova edizione ampliata).

(2) Il titolo xii del terzo libro del codice di procedura, dal quale sono tratte le disposizioni riferite nei nn. 703 a 705, contiene inoltre (art. 945, 946, 947) le regole per promuovere l'esecuzione in Italia dei provvedimenti d'istruttoria dati da autorità straniere in giudizi davanti le medesime pendenti, e per la notificazione da eseguirsi in Italia di citazioni o d'altri atti provenienti da paese estero. Quanto ai provvedimenti d'istruttoria, siano sentenze od altri, la loro esecuzione è accordata mediante semplice decreto pronunziato in camera di consiglio dalla corte d'appello del luogo in cui gli atti d'istruzione devono compiersi. La corte destina l'autorità giudiziaria o il funzionario che deve compiere gli atti richiesti. La domanda di esecuzione può essere trasmessa anche d'uffizio, per via diplomatica. Le citazioni e le altre notificazioni sono soggette alla preventiva permissione del ministero pubblico presso la corte o il tribunale nella cui giurisdizione si hanno da eseguire; la legge non prescrive un atto speciale di permissione, e questa è da presumere

707. I titoli che sono esecutivi contro il debitore continuano ad esserlo dopo la di lui morte contro gli eredi. È questa una razionale conseguenza del principio stabilito dal diritto civile, della continuazione nei successori della personalità giuridica del defunto. Vige però una regola gene-

---

accordata ogni volta che la notificazione risulti eseguita regolarmente; nè il suo difetto sarebbe causa di nullità, non trovandosi comminata in alcun luogo della legge. Ma, naturalmente, nè la permissione nè l'esecutorietà accordata ai provvedimenti d'istruzione, tolgono la necessità del giudizio di delibazione, quando si tratti di far eseguire la sentenza definitiva (art. 948).

La convenzione dell'Aja già menzionata stabilì regole fra gli stati contraenti, sia per le *commissioni rogatorie* concernenti atti giudiziari, sia per le notificazioni.

La domanda di esecuzione di atti di istruzione o di altri atti giudiziari è fatta direttamente tra l'autorità giudiziaria richiedente e quella richiesta; e viene trasmessa per le vie diplomatiche, se fra i due stati non è in vigore la facoltà della trasmissione diretta. L'obbligo di eseguire le richieste soggiace ad eccezione in tre ipotesi: 1° Se il documento contenente la richiesta non risulta autentico; — 2° Se nello stato a cui è fatta la richiesta l'esecuzione di essa non appartiene alla competenza dell'autorità giudiziaria; — 3° Se vi può essere attentato alla sovranità o alla sicurezza dello stato. Se poi l'autorità giudiziaria richiesta non è quella competente giusta le leggi dello stato cui appartiene, essa trasmette d'ufficio la rogatoria all'autorità competente. Le forme di esecuzione della rogatoria sono quelle prescritte dalla legge dello stato richiesto; ma può essere adottata altra forma, indicata dall'autorità richiedente, purchè *non proibita* dalla legislazione dello stato richiesto.

Le notificazioni possono essere richieste a mezzo del pubblico ministero, nelle vie diplomatiche o direttamente come si disse dianzi; non sono soggette a permissione preventiva; ma possono essere vietate per i motivi di sicurezza interna o di difesa della sovranità pure accennati di sopra. La prova della eseguita notificazione è fornita da una attestazione dell'autorità richiesta. In ogni caso, se le convenzioni fra due stati o le leggi imperanti in essi lo consentono, è permesso eseguire la comunicazione degli atti a mezzo di posta, ovvero richiedere direttamente gli uscieri od altri funzionari cui spetta di effettuare le notificazioni, od infine valersi dell'opera degli agenti diplomatici o consolari del proprio stato residenti nel luogo dove deve essere eseguita la notificazione.

In quanto ai provvedimenti emessi da un'autorità straniera in sede di *giurisdizione volontaria*, è molto incerto se le regole dettate pei giudizi di delibazione li contemplino. Chi sostiene l'affermativa opina che l'articolo 944, sotto la denominazione di *atti autentici*, abbia fatto una così larga designazione da includere tali provvedimenti. La cosa è discutibile anche perchè non risulta chiarito come un provvedimento di giurisdizione volontaria possa costituire titolo per una esecuzione forzata.

rale nel diritto positivo, secondo la quale si presume che gli eredi ignorino le obbligazioni lasciate inadempiute dal loro autore e si richiede di conseguenza che siano costituiti in mora ad eseguirle, prima che divengano in loro confronto giudizialmente ripetibili. L'art. 1223 del codice civile stabilisce nel suo capoverso primo che se il termine dell'obbligazione scade dopo la morte del debitore, l'erede non è costituito in mora se non mediante una intimazione od altro atto equivalente e dopo il decorso di *otto giorni* dalla intimazione. Quando l'obbligazione è guarentita già da un titolo esecutivo, il codice di procedura riduce a *cinque giorni* il termine di favore accordato agli eredi; ma vuole che in ogni caso il titolo sia a loro notificato e che trascorrano i cinque giorni, prima che si possa promuovere alcun atto del giudizio esecutivo (art. 560). La notificazione deve essere fatta a ciascun erede personalmente. La disposizione riguarda il caso di procedura esecutiva non peranco iniziata. Di quelle già in corso parliamo al n. 717.

È opportuno ricordare che la dottrina e la giurisprudenza prevalgono nel senso che l'esecuzione forzata sia permessa anche sui beni di una eredità accettata *con benefizio d'inventario;* questa soluzione è certamente conforme ai criteri generali della legge (v. n. 710).

708. Alle norme indicate nel precedente n. 698, circa il momento in cui le sentenze acquistano autorità di titoli esecutivi, si deroga dalla legge, per tutti i casi in cui la esecuzione delle medesime renda necessario che venga fatta alcuna cosa da un terzo od a suo carico (art. 561). In via dimostrativa sono nel testo indicati i casi di cancellazione d'ipoteca, di rivocazione di sequestro, di pagamento. Le sentenze non diventano esecutive per parte del terzo od in confronto di esso, se sono soggette ad opposizione od appello, sino a che non si prova che non vi è opposizione nè appello, quantunque fra le parti litiganti sieno dichiarate provvisoriamente esecutive (v. nn. 533 e 548). È una guarentigia che la legge volle dare ai terzi, onde diminuire le probabilità di danno a loro carico, o di molestie, per l'esecuzione di sentenze i cui effetti possono essere più tardi modificati da decisioni rese in altro grado di giudizio. Ma è una guaren-

tigia incompleta: giacchè, pur tacendo dei casi di rivocazione e di opposizione di terzo (affatto straordinari), entra nelle prevedibilità ordinarie che una sentenza proferita in appello possa esser annullata in cassazione; onde non è senza pericolo che le sentenze d'appello siano per i terzi ed a loro carico immediatamente esecutive (1).

709. Una forma particolarissima di esecuzione forzata che non deve formare oggetto dei nostri studi, consiste nella liquidazione del patrimonio di un commerciante del quale è stato dichiarato il fallimento. Mentre il codice di procedura civile permette a ciascun creditore di espropriare solamente tanta parte dei beni del suo debitore quanta possa bastare al soddisfacimento del suo avere, la dichiarazione di fallimento ha per effetto di far cessare tutte le parziali espropriazioni; tutti i beni del fallito vengono alienati per opera del curatore ed il prezzo ricavato si distribuisce fra i suoi creditori, secondo l'ordine dei privilegi e delle ipoteche, in quanto ne esistano, ed in via di contributo fra i chirografari costituiti in una *massa*, o comunione incidentale, per questa esecuzione generale e collettiva. Altre legislazioni hanno trovato conveniente di istituire una specie di procedura analoga anche nei riguardi del debitore non commerciante che si trovi in istato di insolvibilità; non si può negare in via assoluta l'utilità pratica di tale istituzione quando sia regolata con molta prudenza, poichè le ragioni dei creditori possono venire tutelate in alcuni casi con maggiore celerità, minore dispendio e con equa parità di trattamento; pur essendo riconosciuto impossibile generalizzarla in modo che sostituisca il sistema delle esecuzioni individuali, come avviene negli affari del commercio. Il nostro legislatore non la accolse; ma non ha mancato però di rendere omaggio al concetto fondamentale a cui essa si informa il quale può ben ricevere applicazione, con savie

(1) Conforme, cass. Napoli, 11 aprile 1896 (*Giur. it.*, 1896, I, 1, 421). Però una parte della giurisprudenza vorrebbe correggere l'imperfezione della legge, coll'ammettere che in pendenza del termine per ricorrere in cassazione non si possa far luogo all'esecuzione contro il terzo: il che è astrattamente giusto, ma non conforme al testo. In tal senso, cass. Roma, 15 gennaio 1896 (*Giur. it.*, 1896, I, 1, 288).

discipline, anche nello svolgimento dell'espropriazione individuale. I beni del debitore sono la garantìa *comune* dei suoi creditori; e questi *vi hanno tutti un eguale diritto* quando non vi sono fra essi cause legittime di prelazione (art. 1949 codice civile). Perciò il vigente diritto positivo in tema di espropriazione forzata poggia sui principii seguenti:

1° Qualunque creditore può procedere alla espropriazione dei beni del suo debitore, senza obbligo di escutere i beni mobili prima degli immobili e senza riguardo alla circostanza che i beni stessi siano colpiti da privilegi od ipoteche a favore d'altri creditori (v. articoli 2076 e 2078 codice civile);

2° Al profitto della espropriazione iniziata da un creditore possono concorrere tutti gli altri, per partecipare in ragione dei rispettivi titoli creditorii alla distribuzione del prezzo ricavato;

3° I privilegi e le ipoteche costituiscono soltanto titoli di poziorità nella distribuzione del prezzo ricavato dalla espropriazione, salvi i diritti che ne possono specialmente derivare in confronto ai terzi possessori della cosa soggetta a privilegio od ipoteca.

Avviene che a carico di un debitore completamente insolvibile, si possa, e spesso si debba, procedere ad una serie di successivi o contemporanei *giudizi parziali di concorso*, cioè di giudizi esecutivi ai quali tutti i suoi creditori vengano reiteratamente a partecipare; essendo ben naturale che la parte di un credito non conseguita mercè la prima esecuzione possa farsi valere in una seconda, in una terza, e così di seguito. Basta avere indicata una simile conseguenza perchè si comprenda quanto essa torni gravosa ai creditori non meno che al debitore e quanto sarebbe migliore in certi casi un giudizio di espropriazione unico e generale. Stimiamo che questo risultato potrebbesi ottenere con semplici riforme dell'ordinamento processuale della espropriazione, senza giungere fino alla parificazione del trattamento dei commercianti coi non commercianti, che ci sembra per molte ragioni pericoloso e non legale.

Ciò dichiariamo con speciale cura in questa edizione, affinchè qualche espressione, per quanto generica e molto

circondata di riserve, che si può leggere nelle edizioni precedenti non faccia supporre noi aderenti a una propaganda geniale e vivace che si opera da qualche tempo in favore di codesta parificazione, cui non crediamo destinata buona fortuna.

710. L'esecuzione forzata ha per suoi elementi necessari: un creditore, un debitore, un titolo esecutivo, una obbligazione attualmente esigibile, uno o più oggetti sopra i quali possa l'esecuzione effettuarsi. A completare i cenni sin qui esposti, interessa vedere se sia ammessibile alcuna restrizione generale alla facoltà di procedere *in executivis*, per riguardo alla qualità della persona obbligata o dei beni assoggettabili all'esecuzione.

Niuna restrizione può ammettersi, la quale sia fondata particolarmente sulla *qualità della persona obbligata*. Infatti quando è possibile avere un'obbligazione esigibile ed un titolo contro un debitore, giustizia vuole che sia permesso di ottenere l'adempimento della sua obbligazione anche con azioni coercitive, nei modi consentiti dalla legge, qualunque sia il debitore. Non poteva essere abbracciata una diversa dottrina dal nostro legislatore, che ebbe per vessillo e per guida il principio dell'uguaglianza di tutti in faccia alla legge. Perciò i cittadini di ogni classe, il re ed i membri della famiglia reale, i corpi morali, gli istituti pubblici e gli enti collettivi, lo stato, le provincie ed i comuni, sono tutti passibili di esecuzione forzata, in quanto sono capaci di obbligarsi direttamente o per mezzo di rappresentanti; nè alcuna eccezione si trova scritta a questo proposito nel codice od in altre leggi (1). Basti avvertire che gli atti del procedimento esecutivo si devono dirigere contro la persona obbligata o contro chi la rappresenta o l'assiste, secondo le norme che furono già dettate nel libro primo (titolo I, capo IV) e nel secondo (titolo I, capo I).

(1) Ben s'intende che l'*arresto personale* ha una sfera di applicazione affatto eccezionale e quindi non è contemplato nel presente discorso. Nel comprendere poi lo stato, le provincie e i comuni fra i soggetti passivi di una espropriazione (con le riserve che appresso esporremo), intendiamo riferirci al diritto positivo vigente, non escludendo affatto, per nostra convinzione, che meriti studio una riforma diretta a sottrarre completamente questi enti pubblici alle norme ordinarie della procedura esecutiva.

711. Rispetto *ai beni* sono invece da stabilire distinzioni fondate sui principii generali del diritto. In primo luogo, l'esecuzione forzata essendo un modo di adempiere le obbligazioni civili, soltanto le cose che possono formare oggetto di queste, possono logicamente cadere sotto una procedura esecutiva. L'art. 1116 del codice civile dichiara che possono essere materia di convenzione le *sole cose che sono in commercio*. Colla scorta di tale precetto e tenuto conto delle disposizioni legislative particolari, è agevole la risoluzione delle difficoltà che intorno a questo punto si agglomerano.

In primo luogo, per i beni posseduti *dai privati*, siano cittadini o stranieri (riguardo a questi ultimi, a condizione che i beni esistano nel territorio dello stato) non vi hanno eccezioni da fare se non per quei diritti che sono di natura inalienabile e fuori di commercio, i quali non si sogliono considerare appartenenti al *patrimonio*, ma alla *persona*. Di alcune singolari eccezioni, stabilite in ordine alla esecuzione mobiliare, toccheremo più oltre. Quel che si dice dei *privati*, intendasi comune alle persone fisiche ed ai corpi morali (escluse le provincie ed i comuni di cui parliamo appresso), alle società ed associazioni civili e commerciali, a tutti gli enti che per l'esercizio dei diritti civili sono pareggiati alle persone fisiche.

711 *bis*. Niun argomento, forse, ha dato luogo in questa materia a così larghe discussioni e così varia manifestazione di pareri, come quello della espropriabilità dei beni dello stato, delle provincie e dei comuni. Fra chi non ammette nessuna espropriazione, e chi la concede su una vastissima scala, corre lungo tratto di via in cui una serie numerosa di opinioni intermedie è andata collocandosi.

Secondo il codice civile, la proprietà dello stato si distingue in *demanio* e *patrimonio* (articoli 427, 428); i beni demaniali sono fuori di commercio, cioè inalienabili e imprescrittibili; i beni patrimoniali sono soggetti per la loro disponibilità a norme di leggi speciali. Quanto alle proprietà delle provincie e dei comuni, sono distinte in beni *di uso pubblico* e *patrimoniali;* l'amministrazione e l'uso di entrambe le categorie sono soggetti a leggi speciali; così pure la disponibilità dei beni patrimoniali (art. 432). Pertanto si ritiene

che i beni d'uso pubblico, provinciali e comunali siano fuori di commercio come il demanio dello stato, quindi inalienabili e imprescrittibili.

Sembra dunque indubitabile, per l'applicazione del criterio esposto di sopra (v. n. precedente), che sia interdetto ogni procedimento di espropriazione forzata sui beni costituenti il demanio dello stato e su quelli d'uso pubblico delle provincie e dei comuni.

Ma qual'è la linea di confine che separa i beni demaniali o d'uso pubblico (che pur demaniali, per brevità, possono essere chiamati), dai beni patrimoniali? E rispetto ai beni patrimoniali sarà ragionevole accogliere restrizione alcuna al principio della espropriabilità?

Su entrambe le questioni regna la massima incertezza, che la dottrina del diritto pubblico sulla nozione della demanialità concorre a mantenere, se non ad aumentare.

La giurisprudenza nazionale sembra che si sia stabilita sopra l'affermazione di queste due massime:

che i beni demaniali non possono essere espropriati;

che possono esserlo i beni patrimoniali.

Ma poichè la nozione del demanio non è ben definita, la giurisprudenza, esaminando caso per caso se i beni di cui è minacciata la espropriazione siano dell'una o dell'altra classe, manifesta una singolare tendenza ad allargare il concetto della demanialità. Si direbbe che ogni volta in cui essa sente, di fronte a un caso particolare, il pericolo che vi sarebbe a concedere libertà d'espropriazione di quei beni venuti in contesa, li pone al sicuro sotto l'egida inviolabile della demanialità, salvando così da una parte gli interessi della pubblica amministrazione, dall'altra il principio astratto da cui non osa far divorzio (1).

---

(1) I pericoli che vi sono nell'ammettere l'espropriabilità del *patrimonio* delle pubbliche amministrazioni furono efficacemente posti in luce dal SAREDO, in uno scritto pubblicato nel periodico *La Legge*, anno 1894, vol. I, pag. 31 e seguenti, del quale però la conclusione non è accettabile.

Circa la tendenza della giurisprudenza, accennata nel testo, è da rilevare che essa, affatto recentemente, sottrasse al procedimento di espropriazione, dichiarando la loro *demanialità* e quindi la inalienabilità, i beni seguenti:

1° edifizi di proprietà d'un comune, dati a pigione alla provincia,

Se alla giurisprudenza, che decide questioni singole ed isolate, può parere sufficiente questo metodo, il ripiego che in esso si nasconde non può ottenere approvazione dalla dottrina, che lo deve giudicare empirico ed anche pericoloso; in verità la giurisprudenza non è riescita per questa via a far tacere le controversie, che si agitano ognora più vive e insistenti. Il pericolo del suo metodo è manifesto: se un giorno la magistratura si vorrà ricredere circa l'errore che commette, coll'estendere fuor di ragione il concetto della demanialità, essa non saprà forse trovare alcuna salvezza per i gravi interessi pubblici che sono argomento della questione. Nè che abbia a ricredersi è cosa improbabile, visto che il demanio può comprendere bensì qualche altra specie di beni oltre quelle nominativamente designate nel codice civile (articolo 427), purchè siano specie appartenenti ai medesimi generi che la legge contempla, nelle quali sia ragionevole riconoscere i caratteri della non commerciabilità, e quelli conseguenti della non inalienabilità ed imprescrittibilità, *secondo la natura* dei beni, non per violenta finzione, *contro tale natura*. Nessuno può ammettere che il danaro (anche quello proveniente dalle imposte) sia naturalmente fuori di commercio; basti accennare a questa specie di beni, che è la più importante tra le disputate, e la sorte della quale, rispetto alla presente controversia, più da vicino interessa la vita e l'attività delle pubbliche amministrazioni.

711 *ter*. Esporremo brevemente i criteri secondo i quali stimiamo che la soluzione più razionale possa ottenersi.

Se il vero e proprio *uso pubblico* è il requisito pel quale alcune specie di beni non enumerate dalla legge possono

---

che li destinò a sede di uffizi pubblici cui per legge ad essa spetti di provvedere (cass. Firenze, 16 dicembre 1889, *Giur. ital.*, 1890, I, 1, 225);

2° edifizi destinati dal comune a sede di istituzioni scolastiche (non elementari obbligatorie) stabilite e sussidiate col concorso dello stato, e a sede di ospizi sanitari speciali per ammalati poveri (cass. Palermo, 26 gennaio 1896, *Giur. ital.*, 1896, I, 1, 971);

3° i proventi delle imposte e tasse comunali (cass. Roma, 7 aprile 1893, *Giur. ital.*, 1893, I, 1, 407; app. Genova e app. Palermo, 11 e 18 dicembre 1896, *ivi*, 1897, I, 2, 72 e 138);

4° i mobili che servono di arredo agli uffizi pubblici (app. Genova, 26 luglio 1894, *Giur. it.*, 1894, I, 2, 608, e cass. Roma, 15 dicembre 1897, *ivi*, 1898, I, 1, 76).

aggiungersi alla classe dei demaniali, ciò non impedisce di riconoscere che, indipendentemente dalla necessaria destinazione a tale uso, ve ne ha un'altra, per la maggior parte dei beni patrimoniali delle pubbliche amministrazioni, che è determinata dalla natura e dalle funzioni di questi enti, la destinazione cioè a servire come mezzi o strumenti indispensabili per adempiere pubblici servizi. Le dette amministrazioni non possono invocare, a disciplina del loro diritto di proprietà patrimoniale, l'assoluta libertà di godere e disporre dei beni che l'art. 436 del codice civile guarentisce ai privati; è lo stesso codice che, con le disposizioni non ha guari rammentate (v. num. precedente), le sottopone a un *jus singulare*, per cui esse, lunge dal poter disporre dei beni patrimoniali *ad libitum*, sono vincolate *dall'obbligo* di disporne secondo norme legislative speciali, che si risolvono nella necessità di provvedere ai pubblici servizi. La destinazione a questi scopi è dunque atto legittimo; e come tale non può essere, per la contraddizione che nol consente, impugnato per illegittimità dal privato creditore; il quale pertanto non può invocare dal magistrato la riparazione di tale illegittimità, mediante l'ordine di vendita forzata. In altre parole, se al patrimonio delle pubbliche amministrazioni non si applica l'art. 436, così non può illimitatamente applicarsi ad esso come al patrimonio dei privati (v. num. 695 *bis*) l'art. 1948 del codice civile; cioè, non si può dire che siano tenute ad adempiere con tutti i loro beni le obbligazioni contratte, dovendosene eccettuare quei beni che sono legittimamente destinati all'adempimento delle loro pubbliche funzioni.

Questo nostro ragionamento, se non c'inganniamo, è rigorosamente conforme al diritto positivo, quale deducesi dalle disposizioni di legge su cui lo abbiamo fondato, e soddisfa altresì le esigenze della ragione, evitando gli scogli di tutte le teorie estreme e più o meno arbitrarie che si contendono il campo. Provvedere al pagamento dei debiti contratti è atto di funzione pubblica, per gli organi governativi, giacchè in sostanza questi debiti rappresentano anticipazioni di pubblici servizi. Ma l'adempimento di essa viene in concorrenza con le altre, del pari pubbliche funzioni, senza poter essere privilegiata in modo da paralizzare il

normale svolgimento dell'attività degli organi medesimi. Però, sui beni che non sono destinati ad alcun pubblico servizio, e dei quali il carattere patrimoniale può rientrare (per quanto possibile) nel diritto comune, la facoltà della espropriazione forzata non ci sembra che debba essere contesa.

Le pubbliche amministrazioni possono d'altronde destinare anticipatamente una parte dei loro beni al servizio dei crediti che devono estinguere. Ciò suole avvenire, o mediante costituzione di titoli convenzionali di poziorità (pegni, ipoteche), o mediante speciale destinazione di beni determinati al pagamento di certi crediti. In simili casi, anche se sono vincolati di tal guisa i proventi di imposte, a noi sembra logico di dover consentire efficacia alle destinazioni date, e quindi agli atti esecutivi intrapresi in virtù delle medesime. Come una pubblica amministrazione può oggi stanziare in bilancio l'estinzione di un debito mediante il provento di una imposta attualmente riscossa, può destinare fin da ora il ricavo dell'imposta che riscuoterà fra un anno, o più oltre, a simile effetto. Fin che resta il diritto positivo, com'è oggi costituito, questa, secondo noi, è la soluzione corretta.

Di più riteniamo che le esecuzioni per rilascio o consegna di beni siano legittime, perchè allora si tratta di beni che sono *posseduti* dagli enti pubblici, ma non sono di loro *proprietà;* bensì spettano in proprietà a colui che ha diritto alla consegna o al rilascio.

711 *quater*. Per i beni di cui gode il capo dello stato è da seguire la distinzione segnata negli articoli 19 e 20 dello statuto. Soltanto il *patrimonio privato del re,* giusta l'ultimo capoverso dell'articolo 20, è soggetto alle leggi che reggono le altre proprietà. Esso quindi può formare materia di esecuzione forzata. Ed egualmente potranno essere espropriati i patrimoni particolari degli altri membri della famiglia reale: ma non le dotazioni od appannaggi che siano stati loro assegnati a mente dell'art. 21 dello statuto per ragioni e destinazione di alta convenienza politica.

I beni *patrimoniali* degli stati e dei sovrani esteri esistenti nel territorio nazionale si possono espropriare; non

così quelli che abbiano uso o destinazione attinente a scopi politici, dovendo essere rispettato il privilegio della estraterritorialità dello stato o del sovrano straniero. Gli effetti di tale privilegio sono estesi, secondo le norme del diritto internazionale, ai palazzi di residenza degli ambasciatori e rappresentanti di stati esteri ed ai mobili che li corredano.

Senza dubbio, in virtù degli articoli 1 e 5 della legge 13 maggio 1871, sarebbero sottratti ad ogni azione esecutiva l'annua dotazione assegnata alla santa sede, i palazzi apostolici ed i relativi annessi, quando pure nello stato attuale delle discipline legislative non fosse impossibile qualunque escussione sullo stesso patrimonio privato del sommo pontefice, per i motivi accennati altrove (vol. I, n. 45).

CAPO II.

Disposizioni comuni alle varie specie di esecuzione.

712. Abbiamo indicato (num. 696) che devonsi distinguere tre forme di giudizi esecutivi: quelli per *espropriazione*, quelli per *rilascio di immobili o consegna di cose mobili*, quelli per *arresto personale*. I giudizi di espropriazione (che sono la forma più importante del procedimento esecutivo), dividonsi poi secondo il loro oggetto in giudizi di espropriazione di *beni mobili* e di *immobili;* è facile comprendere come una significante diversità di norme processuali sia imposta dalla profonda differenza fra la natura rispettiva di tali beni e fra le regole che governano la proprietà mobiliare e la immobiliare.

713. Qualunque sia il giudizio esecutivo che si deve intraprendere, il creditore ha d'uopo di essere munito della copia del titolo spedita in *forma esecutiva* che legittima la sua azione e quella dei funzionari ed uffiziali del potere giudiziario o governativo, dei quali può essere richiesto l'intervento (art. 555). Le copie in forma esecutiva devono essere spedite soltanto alle parti a cui favore fu pronunziata l'ordinanza o la sentenza, o fu stipulata l'obbligazione contenuta nell'atto pubblico. Ciò essendo prescritto per

impedire ogni possibile abuso, vuolsi che in fine della copia sia fatta menzione della parte a cui è spedita e che analoga annotazione venga fatta in fine dell'originale (art. 557); se il medesimo atto può servire come titolo esecutivo, separatamente, a più interessati, ciascuno avrà diritto al rilascio di una copia in forma esecutiva. Il cancelliere dell'autorità giudiziaria ed il notaio, o quel qualunque pubblico depositario del titolo esecutivo che è autorizzato a rilasciarne copie autentiche, è pure incaricato di apporre la formola esecutiva alla copia che deve servire per l'esecuzione. Egli non può rilasciare una seconda copia in forma esecutiva *alla stessa parte*, se non dietro autorizzazione data, quanto agli atti giudiziali, dal conciliatore, dal pretore, dal presidente del tribunale o della corte da cui emanarono, e quanto agli atti contrattuali dal presidente del tribunale civile nella cui giurisdizione furono ricevuti. Per ottenere tali autorizzazioni è necessaria la citazione della parte contro cui il titolo si vuol usare (1). La legge (articolo citato, capoverso terzo e quarto) non dichiara se il provvedimento di autorizzazione sia un decreto, un'ordinanza, od una sentenza; si dovrebbe ritenere, in applicazione dei principii generali (vol. I, num. 57 a 59), che se il provvedimento è dato dal conciliatore, sarà una sentenza, appellabile o no a norma del valore; se dal pretore, una sentenza sempre appellabile; se dal presidente del tribunale o della corte sarà ordinanza suscettiva di *reclamo* nei sensi e nel termine dell'articolo 183; in caso di reclamo la controversia dovrà essere decisa con *sentenza*, a sua volta appellabile quando il titolo esecutivo del quale si tratta sia una sentenza proferita dal tribunale *in primo grado d'istanza*, od un atto contrattuale.

Il provvedimento di autorizzazione rimane annesso allo originale del titolo esecutivo e di esso viene fatta menzione nella nuova copia (citato capoverso quarto). I cancellieri, notai, ed altri depositari che contravvengano alle regole predette incorrono in multa sino a lire trecento, oltre le pene più gravi a cui il fatto dia luogo (art. 558).

---

(1) Sono dispensati dall'obbligo della citazione del debitore gli istituti di credito fondiario giusta l'art. 22 della legge 22 febbraio 1885.

714. L'esecuzione forzata (dispone l'art. 562) dev'essere preceduta dalla *notificazione del titolo esecutivo e del precetto* fatta al debitore nelle forme stabilite dall'articolo 368, che è quanto dire in quelle stabilite per l'atto di citazione (vol. I, num. 449) (1). Da molti si ritiene che la notificazione della sentenza eseguita nei luoghi e nei modi indicati dall'articolo 367 non basti per soddisfare al disposto dell'art. 562, salvo il caso di notificazione *in persona propria*, od eseguita *personalmente* a senso dell'ultimo capoverso del citato articolo 367. A noi pare che se le notificazioni disciplinate in quel testo sono idonee a dare al soccombente tanta cognizione della sentenza da poterla rendere irrevocabile pel decorso dei termini utili ad impugnarla, devono esserlo altresì allo scopo qui contemplato che è di fargli nota la sua obbligazione per deciderlo ad adempierla volontariamente sottraendosi al grave danno della esecuzione forzata.

715. Quantunque l'art. 562 si esprima nel senso che l'*esecuzione forzata* deve essere *preceduta* dal *precetto*, tuttavia questo è da considerarsi il *primo atto del procedimento esecutivo*. Esso consiste in una ingiunzione di eseguire l'obbligazione, accompagnata dalla comminatoria di *atti di esecuzione forzata*; onde non è propriamente un *atto di esecuzione*. Ma diciamo che appartiene al procedimento esecutivo, perchè lo inizia e ne pone la base, a quella guisa medesima che la citazione inizia il procedimento dichiarativo. È importantissima nella pratica questa nozione, come vedremo meglio più oltre.

Il precetto deve contenere (art. 563): 1° l'intimazione al debitore, della quale abbiamo or ora delineato il carattere generale e che varia naturalmente nel suo tenore, secondo la specie d'esecuzione che si vuole iniziare; 2° la elezione di domicilio del creditore istante, con indicazione della

(1) Gli istituti di credito fondiario sono autorizzati ad eseguire le notificazioni al domicilio eletto nell'istrumento di mutuo, e sono dispensati dall'obbligo di notificare la copia del titolo esecutivo (art. 23, lett. *a*, della citata legge, e art. 10 della legge 4 giugno 1896). Abbiasi presente che, per virtù del disposto nell'art. 25 della legge 23 gennaio 1887 sul credito agrario, gli istituti che esercitano questa specie di credito godono per la riscossione dei loro crediti gli stessi privilegi di procedura spettanti agli istituti di credito fondiario.

persona o dell'uffizio presso cui viene fatta, o la dichiarazione della residenza o del domicilio se quella o questo si abbia dal creditore nel luogo nel quale dovrebbe farsi la elezione. Codesto luogo è: il comune in cui deve procedersi, od in cui ha sede il conciliatore, o la pretura del mandamento, se trattisi di esecuzione su beni mobili o di consegna di questi, o di rilascio d'immobili, o di arresto personale; la città dove ha sede il tribunale competente per la espropriazione degli immobili, se tratti di tale specie d'esecuzione; il comune dove ha sede il tribunale o la pretura competente, se si procede per l'espropriazione di navi, battelli e simili (art. 884 codice di commercio). Lo scopo di questa formalità è spiegato nell'art. 564, il quale dichiara che al domicilio ed alla residenza predetti, il debitore, o qualunque altro interessato nel procedimento d'esecuzione, può fare tutte le notificazioni, non escluse quelle di offerte reali e di *appello anche pel merito della causa*, del quale potrà verificarsi il caso, in pendenza del giudizio esecutivo, quando si agisca in base a sentenza provvisoriamente esecutoria. Il difetto della elezione o dichiarazione di domicilio non è per altro titolo di nullità, poichè il capoverso dello stesso articolo soggiunge che in mancanza di essa, e finchè non sia fatta, tutte le accennate notificazioni possono eseguirsi alla cancelleria della pretura o del tribunale (o del conciliatore).

Non indica la legge quali sono gli altri elementi *essenziali* dell'atto di precetto. Ma è agevole comprendere che esso deve indicare la causa della intimazione, designando il titolo in forza del quale si procede, la somma dovuta, coi suoi accessori, il nome del creditore, quello del debitore, recando poi in fine la sottoscrizione dell'usciere preceduta dalla data e da tutte le formalità richieste per una regolare notificazione, ecc. Nel caso di esecuzione in virtù di cambiale il precetto deve contenere la trascrizione della medesima, o quella del protesto (nel quale il testo della cambiale trovasi autenticamente riprodotto); con tale formalità si supplisce in questo procedimento speciale alla notificazione del titolo esecutivo. Ciò è prescritto nell'art. 67 del regolamento per l'attuazione del codice di commercio, dove è anche stabilito

che si trascrivano nel precetto gli altri documenti necessari a dimostrare la somma dovuta, quali sarebbero lettere di rivalsa, conti di ritorno, ecc.

716. Volle il legislatore che il procedimento esecutivo fosse improntato a quella maggiore celerità che è compatibile colla tutela delle ragioni delle parti. Quindi incominciò dal sottoporre l'efficacia del precetto ad un termine di perenzione speciale, dichiarandolo inefficace dopo trascorsi *centottanta giorni* dalla sua notificazione, senza che siasi proceduto agli atti d'esecuzione (articolo 566). Il termine è invece di *trenta giorni* per il precetto riguardante una nave (art. 884 cod. di comm.). Una difficoltà piuttosto grave di interpretazione è stata sollevata nei riguardi del precetto immobiliare; ci riserviamo di trattarne nel titolo III (n. 769). Diremo or ora come il precetto possa essere soggetto ad *opposizione;* in questo caso il termine rimane *interrotto,* vale a dire ricomincia dal giorno della notificazione della sentenza che abbia *posto fine* all'incidente (capoverso citato art. 566 e capov. ultimo art. 884 cod. comm.). Una sentenza *pone fine* alla controversia su cui è pronunziata quando le parti l'abbiano accettata, o sia pronunziata in grado d'appello, o sia inappellabile, od infine sia munita di clausola provvisionale.

Il precetto non è necessario quando si procede dentro il termine di giorni centottanta successivi alla notificazione della sentenza che condanna alla consegna di una cosa mobile od al rilascio di un immobile prefiggendo il termine della consegna o del rilascio. Codesta prefissione di termine tien le veci della ingiunzione precettiva; l'elezione o dichiarazione di domicilio si può fare in tal caso nell'atto di notificazione della sentenza. Se si tratti di sentenza di pretore pubblicata in presenza delle parti, della quale perciò non occorre notificazione (1), l'elezione o dichiarazione può

---

(1) La pubblicazione della sentenza pretoriale in presenza delle parti non dispensa dalla notificazione prescritta dall'art. 562 se non quando ordini la consegna di mobili od il rilascio di immobili in un termine da essa prefinito, che è il solo caso contemplato dall'art. 565. Per ogni altro caso ed ogni altra specie di esecuzione occorrerà far precedere la *notificazione* della sentenza, non potendosi ammettere che all'osservanza dell'art. 562 sopperisca l'equipollente stabilito dall'art. 437.

farsi verbalmente nella udienza in cui la sentenza è stata pubblicata e il cancelliere ne redige processo verbale (art. 565).

717. Altra guarentigia di celerità del procedimento esecutivo sta nella disposizione opportunissima dell'art. 569, la quale esclude l'*interruzione d'istanza* in sede esecutiva pel caso di morte del debitore (e quindi *a fortiori* per quelli di cambiamento di stato o mutazione di rappresentante) e dichiara anzi che l'*esecuzione cominciata* può proseguirsi contro gli eredi senza che debba sospendersi o riassumersi. A facilitarne la continuazione esso provvede altresì collo autorizzare che si faccia *collettivamente, all'ultimo domicilio del debitore defunto,* qualunque notificazione agli eredi *dentro l'anno della sua morte* (art. cit., capov. secondo).

Ma la presunzione suggerita dall'equità, di cui già fu fatta menzione (v. n. 707), imponevasi anche qui. Perchè non apparisca ingiusto continuare la esecuzione contro gli eredi, senza sospensioni e premonizioni, sembrò conveniente esigere che il procedimento si trovi in tale stato di atti che valga a renderlo loro noto immediatamente. Quindi si reputa che *rispetto agli eredi* il momento in cui l'esecuzione è cominciata sia segnato *dall'atto di pignoramento* quanto alla spropriazione di beni *mobili* e dalla *notificazione del precetto* quanto agli *immobili* (art. cit., capoverso primo). Non è da credere che il legislatore abbia voluto significare in tal guisa che il precetto mobiliare *non appartiene al giudizio esecutivo* e che al contrario vi appartiene il precetto immobiliare. Si tratta semplicemente di una misura di opportunità suggerita dalla considerazione che il precetto immobiliare è atto destinato a ricevere per se stesso pubblicità, mediante la *trascrizione;* laonde non è possibile la scusa della ignoranza a suo riguardo da parte di chi vi ha interesse; mentre invece il precetto mobiliare viene costituito soltanto da una notificazione e il carattere della pubblicità è meglio fornito dal pignoramento, sia per le forme della esecuzione, sia per la traccia permanente che ne rimane di solito, in causa della nomina di un custode alle cose pignorate.

718. Mira parimente allo scopo di rendere più spedito ed insieme più efficace il giudizio di esecuzione la facoltà (che è speciale ai procedimenti di espropriazione) data al

creditore di *valersi cumulativamente dei diversi mezzi d'esecuzione autorizzati dalla legge* (art. 567). La relazione del guardasigilli osserva in proposito: « Conviene che il creditore trovi modo di vincere la mala fede; che stringendo il debitore da ogni parte riesca a conseguire il pagamento; che sia impedito lo spettacolo di debitori i quali, mentre l'esecuzione si esercita sopra certi beni, disperdono o sottraggono gli altri impunemente. L'esperienza ha dimostrato la necessità di questo rigore ».

Per altro il creditore potrebbe abusare della larghezza di questa disposizione ed era necessario che nella legge stessa fosse prevenuto simile inconveniente. Se la cumulazione *risulti eccessiva*, il capoverso del citato articolo fa dovere all'autorità giudiziaria di restringere il procedimento ad un solo mezzo d'esecuzione; il creditore è libero di scegliere quello che gli talenta; s'egli non lo scelga, uno gliene sarà designato dal giudice, che condannerà eziandio il procedente a risarcire quei danni che con atti esorbitanti abbia cagionati.

In quali condizioni il cumulo dei mezzi coercitivi debbasi giudicare esorbitante, è giudizio che la legge affida al criterio del magistrato, il quale, naturalmente, dovrà tener conto di tutte le circostanze, ponendo in prima linea la prevedibilità di compartecipazione di molti creditori alla distribuzione del prezzo, desunta dalla esistenza di privilegi od ipoteche sopra i beni, o dalla notoria decozione del debitore.

719. Non basta avere un titolo esecutivo a proprio favore perchè sia esclusa la possibilità di ogni giusta eccezione contro l'uso che se ne voglia fare. Il debito può essere stato pagato in tutto od in parte, può essere caduto in prescrizione, essersi estinto per compensazione, novazione, remissione. Il titolo, se è contrattuale, può dar motivo ad eccezioni dell'obbligato, sia intorno all'atto, che intorno alla stipulazione in esso contenuta; se è giudiziale, può lasciare dubbi sopra l'estensione della condanna, l'interpretazione del dispositivo, ecc. Vi ha dunque un larghissimo campo di controversie, che si presentano come possibili in sede di esecuzione, relative *al titolo* in base al quale si procede.

Ma a queste conviene aggiungere un'altra serie non meno numerosa; vogliamo parlare delle controversie cui dia occasione la *irregolarità degli atti del giudizio d'esecuzione*. Imperocchè ognuno intende di quanta importanza sia l'osservare scrupolosamente le forme, in questo procedimento che si dirige a colpire gli averi e qualche volta la persona di un cittadino. Le controversie della prima specie trovano opportunità di sorgere, e di essere trattate, dopo la notificazione del titolo esecutivo e del precetto, mediante *opposizione* a quest'ultimo; non è da ritenere però che se non si faccia *opposizione al precetto* sia interdetto di sollevare in altro momento le eccezioni che competono contro il titolo esecutivo. Le controversie riguardanti la forma degli atti esecutivi saranno invece da promuovere in quel momento processuale in cui si verifica l'irregolarità e sorge quindi il motivo della opposizione all'atto viziato ed ai suoi effetti.

I modi di trattazione delle controversie in sede di esecuzione non possono di regola essere diversi da quelli stabiliti pei giudizi di dichiarazione. Esse costituiscono *incidenti* del giudizio esecutivo, e vi esercitano una influenza proporzionata alla qualità ed alla gravità della questione che vi si discute. Il legislatore le assoggettò ad alcune norme di competenza e di rito che sembrarono più consone all'indole del giudizio esecutivo.

720. Vigeva anticamente la massima che il giudice *di cognizione* era giudice eziandio *della esecuzione;* od in più chiari termini, che la soluzione delle controversie in sede esecutiva nascenti da difficoltà d'interpretazione d'una sentenza, appartenere dovesse al giudice che l'ha proferita. Con migliore consiglio nelle legislazioni moderne venne istituita una competenza particolare pel giudizio esecutivo, iniziato in base a sentenza o ad altro titolo idoneo all'uopo, estesa a tutte le sorta di controversie che vi si possono presentare: quella del giudice del luogo dove si esercita l'azione esecutiva. È semplicemente un'applicazione corretta del principio regolatore della competenza per territorio (vol. I, n. 153). Nei riguardi del valore delle controversie, bisogna distinguere fra le esecuzioni sopra mobili e quelle sopra immobili. Nei giudizi di esecuzione mobiliare la competenza è dalla

legge distribuita fra i conciliatori, i pretori e i tribunali (1). Il codice (art. 570) attribuiva ai pretori la competenza a conoscere delle controversie relative all'esecuzione delle sentenze dei conciliatori; ma la legge 16 giugno 1892 (art. 13) stabilì che questi giudici hanno giurisdizione sulle controversie concernenti la esecuzione delle sentenze da essi pronunziate, osservata anche in questo caso la norma di competenza territoriale or ora indicata. La stessa giurisdizione dei conciliatori, dal citato testo della legge del 1892 fu estesa alle controversie sopra la esecuzione forzata dei verbali di conciliazione aventi forza esecutiva innanzi a loro stipulati (vedasi vol. I, num. 524). Per conseguenza, se l'esecuzione per un credito non superiore a cento lire viene intrapresa in base ad altro titolo esecutivo contrattuale, od a sentenza di arbitri, il conciliatore non è su di essa competente, e deve giudicarne il pretore; ciò che non pare affatto razionale, e si deve ritenere effetto di una delle non poche dimenticanze che viziano la redazione della legge del 1892.

In tutti i casi, poi, il valore della controversia si determina secondo le norme fissate nell'art. 75, altrove esaminato (vol. I, n. 120).

720 *bis*. Ma, oltre queste regole, coordinate al valore della lite, il testo dell'art. 570 impone di considerarne un'altra che ha ragione dalla *materia* di essa. Com'è noto, il codice riconosceva, con la istituzione dei tribunali di commercio, una speciale giurisdizione sulle materie commerciali. Nei riguardi del procedimento esecutivo non era stato attribuito ad essa verun ufficio particolare per le controversie che potessero sorgere nella esecuzione di sentenze proferite da tribunali di commercio, o da tribunali civili che ne facessero le veci, o da arbitri chiamati a decidere sopra controversie in materia commerciale. In tutti questi casi pare si

(1) Si abbia tuttavia presente quanto esponemmo circa le disposizioni di legge e la giurisprudenza prevalente intorno alle controversie che si riferiscono all'applicazione delle leggi sulle imposte dirette e indirette (vol. I, n. 149 e nota ivi), potendo verificarsi che si debba ritenere di competenza dei tribunali una controversia, anche in sede esecutiva, concernente tali materie, che pel valore sarebbe attribuita alla cognizione del pretore o del conciliatore.

fosse ritenuto che altre dispute non potessero sorgere se non relativamente alla regolarità del procedimento esecutivo, e perciò fossero queste considerate come controversie d'indole civile, da sottoporre sempre al giudice civile del luogo della esecuzione. Ma per le controversie sull'esecuzione di titoli contrattuali, doveva, a norma dell'art. 570, secondo capoverso, essere distinto il caso in cui la disputa cadesse sulla forma del procedimento e sulla regolarità degli atti relativi (e a questa era applicabile ancora la norma suddetta) da quello in cui si contendesse « sull'esistenza, sulla « entità, o sull'interpretazione di una obbligazione di com« petenza dei tribunali di commercio », i quali, in simili ipotesi, dovevano conoscerne, « osservate le norme stabilite « dalla legge per la loro competenza ». A parziale modificazione poi di siffatta regola, l'art. 323 del codice di commercio dispose che appartengono alla competenza commerciale le opposizioni in genere al precetto notificato in base a cambiale; e quindi tanto quelle relative alla esistenza, entità e interpretazione dell'obbligazione cambiaria, come altre concernenti questioni di forma e di procedura.

Dal secondo capoverso dell'art. 570 emergeva adunque il concetto che quando fosse proposta, in sede di esecuzione, una controversia per decidere la quale fosse necessario giudicare su una *obbligazione commerciale*, la giurisdizione relativa dovesse essere deferita al magistrato competente per tale specie di obbligazione; e questo non era sempre il magistrato commerciale *del luogo della esecuzione*, bensì quello che sarebbe stato competente per ragione di territorio a conoscere di tale controversia *in un giudizio di dichiarazione*. La disposizione poteva essere giustificata dal considerare che appunto è una lite in sede di dichiarazione di diritto quella che sorge quando, in occasione del procedimento esecutivo in base a un titolo contrattuale, viene impugnato il contenuto del titolo medesimo. Però essa appariva meno giustificabile *nella seconda parte*, in quella cioè che allontanava la controversia dal luogo di esecuzione, sia per la inopportunità pratica della disposizione, che risolveasi in un incomodo per le parti, sia per la differenza in questo punto stabilita senza giustificabile motivo, fra le materie

commerciali e le civili. In quanto alla norma speciale dell'art. 323 del codice di commercio, merita una ulteriore censura, perchè volle sottoporre al magistrato commerciale, solamente in materia cambiaria, senza alcuna parvenza di ragione, anche le controversie d'indole processuale, che il codice deferì in ogni altro caso alla naturale competenza del magistrato civile.

Essendo però attualmente aboliti i tribunali di commercio, e cessata così la speciale giurisdizione sulle materie commerciali (1), si deve ritenere che la disposizione della seconda parte del secondo capoverso dell'articolo 570 non abbia ragione nè possibilità di essere applicata, e quindi che abbiasi a considerarla abrogata per incompatibilità col nuovo sistema delle competenze. In altre parole, è da intendere che tutte le controversie in sede di esecuzione forzata, anche quando derivino dalla intrapresa esecuzione di atti contrattuali, e si aggirino intorno alla esistenza, entità, od interpretazione di una obbligazione in essi contenuta, siano di competenza *del giudice del luogo della esecuzione*, e debbansi a seconda del valore deferire al pretore o al tribunale (non al conciliatore per la osservazione già esposta), tanto se la obbligazione di cui si controverte sia civile come se sia commerciale. Del pari ha perduto oramai ogni significato il capoverso dell'art. 323 del codice di commercio, e le opposizioni a precetto intimato in base a cambiale si devono proporre, rispettivamente a norma del valore, al pretore o al tribunale del luogo della esecuzione.

721. Tutto ciò serve di norma per le esecuzioni sopra i mobili. Per quelle sopra gli immobili, la competenza dei vari magistrati sulle controversie, in relazione al valore litigioso, non può essere applicata. L'art. 570, relativamente a queste esecuzioni, deve essere coordinato con la disposizione dell'art. 660 che deferisce al tribunale del luogo dove è situato l'immobile da espropriare (che è, come vedremo, il magistrato competente per il giudizio di espropriazione) la competenza a decidere sopra le opposizioni al precetto.

---

(1) Si veda in proposito quanto esponemmo nel precedente volume, numeri 141 a 147.

Qualunque sia la somma per la quale si procede, sempre la controversia appartiene a quest'unica giurisdizione.

Però l'art. 660 contiene una riserva, per i casi contemplati nel secondo capoverso dell'articolo 570, di cui testè ci occupammo, e prescrive che la regola di quel capoverso sia osservata anche nei giudizi di esecuzione immobiliare. In altre parole, sorgendo disputa sulla esistenza, entità o interpretazione di *una obbligazione civile* contenuta nel titolo esecutivo contrattuale in base a cui venne intrapresa la espropriazione dell'immobile, essa è decisa, senza distinzione di valore, dal suddetto tribunale competente per il giudizio esecutivo. Se invece sorge analoga controversia rispetto ad una *obbligazione commerciale,* sarebbe competente a deciderla il conciliatore, o il pretore, o il tribunale di commercio, a norma del valore, osservata altresì la competenza territoriale propria del giudizio di dichiarazione.

Questo è il senso della riserva espressa nell'art. 660. E vien fatto naturalmente di chiedere quale effetto essa conservi dopo la legge che abolì i tribunali di commercio.

La logica impone di considerare abrogata anche qui la disposizione eccezionale relativa alle materie commerciali. Quella disposizione ebbe origine dal fatto che esisteva, quando il codice fu dettato, una giurisdizione commerciale. Al presente, le controversie *in sede di esecuzione,* anche sopra titoli esecutivi contrattuali d'indole commerciale, sono devolute alla giurisdizione *civile.* E le regole di *competenza* per le controversie esecutive d'indole civile sono le sole che possano e debbano essere applicate. Il vantaggio conseguito, con la semplificazione ed unificazione di tali regole, non può sospettarsi pregiudicevole ad una ben garantita amministrazione della giustizia. Se vi fossero stati *pretori speciali per gli affari di commercio,* la legge del 1888 li avrebbe *aboliti,* per unificare, come essa voleva, l'organismo giurisdizionale sugli affari civili e commerciali. Ond'è strettamente conforme allo scopo e alla intenzione della legge la perfetta parificazione della competenza dei pretori sugli affari civili e sui commerciali, malgrado che essa abbia solo abolito *i tribunali* di commercio. Ne consegue che al presente *qualunque opposizione a precetto per esecuzione sopra*

beni immobili è di competenza del tribunale innanzi a cui fu intrapresa l'esecuzione.

È implicito in questa conclusione che anche in ordine alle esecuzioni immobiliari il capoverso dell'art. 323 del codice di commercio a sua volta si trova destituito di ogni vigore. E pertanto, se viene iniziata una espropriazione di immobili in base a cambiale funzionante qual titolo esecutivo, le opposizioni al precetto dovranno essere sempre decise dal tribunale del luogo della esecuzione.

Non neghiamo che il legislatore avrebbe mostrato avvedutezza e prudenza dando norme esplicite intorno a queste conseguenze della abolizione dei tribunali di commercio. Ma poichè al silenzio della legge suppliscono la logica del diritto e la ragione dell'interprete, tale silenzio non può nè deve impedire, malgrado deplorevoli resistenze della giurisprudenza e di alcuni scrittori, che si riconoscano tutte le giuste applicazioni del principio che la legge stessa, come noi dimostrammo, ha inoppugnabilmente affermato: il principio, vogliamo dire, della abolizione completa della giurisdizione commerciale.

722. Le controversie in sede esecutiva seguono sempre il rito sommario (art. 573), e non può in esse ordinarsi la mutazione del procedimento (art. 11 delle disposizioni sul procedimento sommario, 31 agosto 1901), poichè la natura loro non consente che ne sia ritardata in alcun modo la risoluzione; inoltre non è mai ammessa l'opposizione del contumace e non è neppure necessario rinnovare la citazione ai convenuti non comparsi che non fossero citati in persona propria (art. 574). Tutto ciò si coordina all'intento generale di rendere più semplici e brevi i procedimenti in questa sede.

Perchè le opposizioni non servano ad arrestare con grave danno i procedimenti esecutivi, impedendo di compiere a tempo quegli atti a cui il ritardo può riuscire fatale, è saviamente ordinato (art. 572) che sopra le difficoltà sôrte nell'atto della esecuzione, le quali non ammettano dilazione, dia provvedimenti temporanei il pretore del luogo, ancorchè la causa non sia di sua competenza, ovvero il conciliatore, se è competente, o se nel comune non vi sia sede di pre-

tura. In ogni caso, le parti sono rinviate *davanti l'autorità competente*. Già notammo che simili provvedimenti temporanei sono da darsi in forma d'ordinanza (vol. I, n. 58); e per la migliore illustrazione del nostro concetto non troviamo di meglio che rimettere agli schiarimenti dati per l'interpretazione del consimile linguaggio dell'art. 940 (*ivi*, n. 512).

La previsione delle difficoltà che possono sorgere nell'atto di esecuzione, richiama quella che l'uffiziale, il quale vi procede, incontri resistenza o sia ingiuriato. Egli redige in tal caso processo verbale dell'accaduto e lo trasmette al pubblico ministero. Può anche richiedere l'assistenza della forza pubblica, per dar compimento all'atto di cui è incaricato (art. 576).

723. Un provvedimento assai importante per rendere sollecito ed economico il giudizio di esecuzione, è quello recato dall'art. 575, che abilita altri creditori a *surrogarsi* a colui che intraprese la procedura, quando egli *trascuri di continuarla*. Vi ha *negligenza* (chiarisce la legge, nel primo capoverso dell'articolo), quando il creditore non adempia una formalità od un atto di procedura *nei termini stabiliti*. Ed affinchè la surrogazione una volta ordinata possa avere pratico effetto, al creditore negligente è fatto obbligo, sotto pena di multa e indennizzo, di rimettere i titoli e gli atti del procedimento a quello che ottiene di essergli surrogato (capoverso secondo art. citato).

È da notare, a chiarimento della disposizione, che *i termini* ai quali allude il primo capoverso non possono essere di certo quelli *perentorii*. Invero quando è scaduto uno di tali termini, l'istanza giudiziale rimane *estinta*. E poichè la surrogazione, come dimostreremo, consiste semplicemente nella facoltà di continuare il giudizio in *rappresentanza* del creditore negligente, è manifesto che non si può concepire la prosecuzione del giudizio perento da parte di un rappresentante, se non potrebbe proseguirlo colui che l'aveva promosso. La surrogazione è ammissibile adunque soltanto nei casi di inosservanza di termini *comminatorii;* in altre parole, nei casi di *negligenza,* non in quelli di *decadenza,* nè di *perenzione*, nè *di perdita dell'azione esecutiva* per *pagamento del credito* o sua estinzione per qualunque altro motivo; sarebbe

infatti impossibile che altri *continuasse* quell'azione che non ha più la sua base nella ragione di credito e nel titolo esecutivo che in origine la legittimarono.

Il fondamento primo di questo istituto è manifestamente da cercare nel generale principio consacrato dall'art. 36 del codice di procedura: invero, i creditori, avendo per garanzia comune il patrimonio del debitore, sono interessati a vedere definito prontamente, e senza interruzioni, il giudizio esecutivo che sovra il medesimo è in corso e che in largo senso si deve considerare intrapreso a profitto di tutti. Ma un concetto giuridico concreto più prossimamente informa la presente materia; imperocchè se per intraprendere l'espropriazione a carico del debitore non basta essere creditore, ma fa d'uopo possedere un credito certo, liquido, munito di titolo esecutivo, giustizia vuole che sia circondato da condizioni e restrizioni anche il diritto di continuare l'espropriazione da altri incominciata. Il legislatore non ha domandato al creditore surrogante il possesso di un suo particolare titolo esecutivo, poichè forse di tal maniera sarebbesi ridotto lo esercizio della surrogazione in confini troppo angusti. E neppure gli sembrò, probabilmente, che fosse legittimo pretenderlo; infatti il creditore che *prosegue* il giudizio da altri intrapreso, assume, *nei riguardi della procedura*, una specie di *mandato* o *rappresentanza legale* di colui che ebbe ad iniziarlo; basta perciò che *l'interesse* e *la qualità di creditore* siano di pronto accertamento. Egli continua ad agire in virtù del titolo esecutivo che giovò al creditore instante, come è perspicuo per la ricordata disposizione del secondo capoverso dell'art. 575. Faceva mestieri di stabilire soltanto quali condizioni o requisiti valgano a legittimare in altro creditore l'assunzione del mandato legale del creditore negligente. Il primo alinea dell'articolo citato regola la materia al modo seguente: nei giudizi di esecuzione immobiliare la surrogazione può essere chiesta esclusivamente dai creditori *iscritti* (cioè dai soli ipotecari); in quelli di esecuzione mobiliare, dai creditori che *vi hanno preso parte.* Le nozioni relative alla qualità di *creditore ipotecario* appartengono al diritto civile; come si *prenda parte* ad una esecuzione mobiliare lo vedremo nel titolo seguente.

Si può dubitare se l'avere ristretta fra i creditori iscritti la facoltà di surrogarsi al procedente nei giudizi di esecuzione immobiliare sia del tutto plausibile, potendo aversi la certezza della qualità di creditore *(certezza relativa)* anche da altri dati oltre che dalla iscrizione ipotecaria. Ma non è seriamente a discutere sul significato preciso e categorico della disposizione che ci sta innanzi; e deve essere respinto ogni sforzo esegetico che miri ad allargarne la sfera di applicazione. Quindi i soli creditori ipotecari essendo quelli a cui si adatta la denominazione di *iscritti,* bisogna escludere dal diritto di surroga tanto i semplici chirografari come i privilegiati, meno l'esattore, al quale è attribuito codesto diritto dall'art. 65 della legge sulla riscossione delle imposte dirette (testo unico approvato con r. d. 23 giugno 1897).

Fra i creditori ipotecari, gli istituti di credito fondiario godono eccezionalmente la facoltà di potersi far surrogare al creditore procedente, quantunque non vi sia motivo per accusarlo di negligenza (art. 15 della legge 4 giugno 1896). Presumendosi che l'istituto di credito fondiario sia sempre il primo iscritto, si attribuì ad esso il maggiore interesse a condurre a termine la procedura; mentre altri creditori, forse destinati a rimanere esclusi dalla partecipazione al prezzo, potrebbero invece cercare il loro profitto in indugi artificiosi, premendo sul debitore con la minaccia sempre viva della espropriazione per conseguire parziali pagamenti.

TITOLO II.

ESPROPRIAZIONE DI BENI MOBILI

CAPO I.

Precetto e pignoramento. — Regole generali.

724. Il precetto per l'esecuzione mobiliare, oltre agli estremi generali indicati nel n. 715, deve contenere l'intimazione di pagare la somma dovuta entro cinque giorni successivi alla notificazione, coll'avvertimento che ove il debitore non paghi nel detto termine si procederà al *pignoramento*. Il termine di cinque giorni, dilatorio pel creditore e comminatorio pel debitore, non è sacramentale; vogliamo dire che se ne venga assegnato uno maggiore non v'ha titolo di nullità (art. 577).

Ma nello stadio tanto critico della espropriazione è necessario che la legge protegga il creditore contro gli atti di mala fede a cui il debitore è facilmente tentato. Cinque giorni sono una dilazione congrua perchè costui possa fare gli estremi sforzi onde evitare gli atti esecutivi pagando quel che deve. Formano in pari tempo un periodo più che sufficiente per dargli agio a porre in salvo la sostanza mobiliare, nascondendola, alienandola od altrimenti trafugandola. Perciò si volle giustamente ammettere la possibilità di una abbreviazione di codesto termine. Quando vi sia *giusto timore di danno nel ritardo* (dispone l'art. 578) il pretore può autorizzare il pignoramento *anche immediatamente dopo la notificazione del precetto;* e lo può il conciliatore, se nel comune in cui si fa l'esecuzione non sieda il pretore, o se si tratti di esecuzione per la quale egli sia competente (v. n. 720). Il *giusto timore di danno nel ritardo* comprende ogni sorta di eventualità che consigliare possano l'abbre-

viazione. Il *decreto* del pretore o del conciliatore è scritto in fine del titolo esecutivo e non occorre notificarlo al debitore, bastando che se ne faccia menzione nell'atto di pignoramento.

725. Il debitore, anche al di là del quinto giorno, può fare opposizione al precetto (v. nn. 719 e 720); ma qualunque ne sia il motivo, questa non ha mai effetto sospensivo (art. 580) fuori del caso di opposizione a sentenza contumaciale provocata dalla notificazione del precetto, o da altri atti esecutivi, giusta le disposizioni degli articoli 477 e 580 (v. *retro*, n. 577). L'opposizione è proposta con atto di citazione (articolo 579) innanzi l'autorità competente a pronunziare su di essa, seconde le regole pur dianzi esposte (nn. 720 e 720 *bis*). Il principio generale che le opposizioni del debitore non sospendono l'esecuzione, domina in tutta la materia dei procedimenti esecutivi ed è da seguire nei casi in cui la legge non stabilisce espressamente che vi si debba derogare. Esso è giustificato dalla fortissima presunzione di buon diritto che assiste il creditore (il quale del resto, se compiesse atti non legali, si esporrebbe alle più gravi conseguenze dell'indennizzazione) e dalla necessità di non favorire tergiversazioni dell'esecutato. La sua applicazione è più rigorosa dove il pericolo di pregiudicare il creditore colla sospensione degli atti appare maggiore. Quindi il pignoramento non è mai sospeso dalle opposizioni al precetto, salva la eccezione suaccennata. Invece, una volta che il pignoramento ha posti in sicuro gli oggetti dei quali dee farsi l'espropriazione, può essere consentito qualche rallentamento di severità; in tal senso è stabilito che le opposizioni del debitore agli atti posteriori, sino alla vendita, non hanno *ipso iure* effetto sospensivo, ma possono conseguirlo per ordine dell'autorità giudiziaria (art. 645). Il principio è sancito anche nel capoverso dell'art. 323 del codice di commercio rispetto alla esecuzione cambiaria. Quivi però fu anche concesso che la opposizione al precetto possa conseguire effetto sospensivo, se *concorrono gravi motivi,* e sia dato analogo ordine dal pretore o dal presidente del tribunale adìto pel giudizio d'opposizione; queste disposizioni potrebbero a buon diritto sembrare abbastanza improvvide, se il legislatore stesso

non vi avesse aggiunto un temperamento, prescrivendo che in ogni caso il debitore sia tenuto a prestare cauzione.

726. Il creditore non è *obbligato* a proseguire l'esecuzione, fino che è in corso la controversia sollevata dal debitore; se la prudenza consiglia ad attenderne l'esito, la legge non potrebbe forzarlo a cercare danni o pericoli. Abbiamo infatti veduto che l'opposizione *interrompe* la perenzione del precetto (n. 716). E l'articolo 581, nel mentre stabilisce per la validità del pignoramento un termine di perenzione di soli *novanta giorni*, dentro i quali deve seguire la vendita, concede però la *sospensione* di questo termine nell'intervallo necessario a definire le opposizioni od altre questioni incidentali.

727. Il debitore che fa o vuol fare opposizione può anche in altro modo *sospendere* l'esecuzione mobiliare; consegnando, cioè, *a titolo di deposito*, all'usciere che dovrebbe procedere al pignoramento, la somma intiera per cui si procede e l'importare delle spese (articolo 580 capoverso). Codesto deposito non equivale a pagamento e il creditore non ha diritto a ritirare la somma. Essa rimane in custodia giudiziaria sino a che l'opposizione sia stata definita; ed in caso di soccombenza del debitore sarà lecito colpirla di pignoramento, insieme od in sostituzione di altre attività. Ma se, col consenso del debitore, il creditore la ritira puramente e semplicemente, si avrà un vero pagamento che dirime insieme l'azione esecutiva e la controversia intorno ad essa.

728. Queste discipline sono comuni ad ogni specie d'esecuzione mobiliare. Dalla trattazione nostra sono escluse le norme speciali che governano l'espropriazione delle navi, dei battelli ed altri galleggianti analoghi contemplati agli articoli 879 *usque* 904 del codice di commercio, il commento dei quali non è tema per questo libro. Anche il codice di procedura rimanda per tale materia alle disposizioni di quello di commercio (art. 582).

729. È regola generale (v. n. 711) che tutti i beni mobili del debitore possano essere assoggettati alla espropriazione. Per effettuarla è necessario procedere ad un atto di *pignoramento*, mediante il quale sono tolti tali beni alla libera disposizione del proprietario, senza di che non ne sarebbe possibile la vendita. Il pignoramento impone sulle cose che

ne formano oggetto un vincolo solenne, e dopo l'esecuzione di esso è vietato disporne senza ordine del competente magistrato; a questo, dal momento in cui tal vincolo è stato imposto, spetta la facoltà di ordinare legittimamente la vendita. La sanzione del divieto è data dal codice penale che considera reato e punisce severamente la sottrazione, il trafugamento, o la appropriazione delle cose pignorate (art. 203 codice penale).

730. Per considerazioni di carattere speciale, ora umanitario, ora giuridico-economico ed ora politico-amministrativo, la regola della pignorabilità di tutti i beni del debitore (articolo 583) è sottoposta ad alcune derogazioni, in virtù delle quali certe categorie determinate di beni o non possono essere pignorate, o possono esserlo soltanto in via eccezionale, o con talune restrizioni. Notisi che nelle più recenti legislazioni (svizzera, germanica, austriaca) queste categorie di beni mobili sottratti all'esecuzione sono anche più numerose e diligentemente specificate.

731. Per ragioni d'umanità è vietato di pignorare: il letto del debitore, del suo coniuge, dei suoi congiunti ed affini con lui conviventi; — gli abiti che servono all'uso quotidiano; — gli utensili necessari per preparare il cibo; — le lettere, i registri e gli altri scritti di famiglia (art. 585). E non possono essere pignorati se non in difetto di altri mobili e per causa di *alimenti, fitti, pigioni*, od *altri crediti privilegiati:* i libri, gli strumenti, le macchine e gli altri oggetti necessari per l'esercizio della professione o dell'arte del debitore, sino alla somma di lire cinquecento in complesso e a di lui scelta; — le farine e derrate necessarie per il vitto del debitore e della sua famiglia per un mese; — una vacca, o due capre, o tre pecore a scelta del debitore e il foraggio necessario al loro alimento per un mese (art. 586). Similmente non possono essere pignorati se non per *credito alimentare* gli *assegni per alimenti;* ed affinchè fra l'obbligato e l'alimentando non sia il caso di dover dire: *vita tua mors mea*, il pignoramento può farsi solo dietro speciale autorizzazione dell'autorità giudiziaria e per la porzione dell'assegno da essa determinata (art. 592). Su tutto ciò non occorrono illustrazioni.

732. Le limitazioni d'ordine giuridico-economico riguardano:

1° le cose mobili materialmente annesse ad un immobile e dalla legge reputate immobili (art. 585); esse sono destinate a formare materia di spropriazione *immobiliare*, insieme al fondo od alla casa di cui fanno parte; ciò è più corretto, più breve e meno dispendioso. La stessa regola si segue per le cose mobili rese immobili per destinazione del padre di famiglia, ossia del proprietario dell'immobile a cui vennero aggregate (art. 586); però esse, conservando materialmente la fisonomia di cose mobili, si possono pignorare in difetto di altri mobili e per credito d'alimenti od in altra guisa privilegiato, essendo questi crediti meritevoli di speciale protezione mercè la quale riesca possibile il loro più pronto realizzo in qualunque caso (1);

2° i bachi da seta, i quali possono essere pignorati solamente quando siano giunti a maturità, e più precisamente quando siano per la maggior parte saliti sui rami per formare il bozzolo (art. 589);

3° i frutti non ancora raccolti o separati dal suolo, che possono essere pignorati soltanto nelle ultime sei settimane che precedono il tempo ordinario della loro maturità, salvo che il creditore sopporti le maggiori spese di custodia (art. 589);

4° i mobili ed i frutti che sono *indivisi* fra il debitore e un terzo; il loro pignoramento è permesso, ma la vendita non se ne può fare se non dopo la divisione (art. 590). La ragione di questo precetto risale alla regola stabilita nell'art. 1034 del codice civile, per il cui sistema la proprietà della cosa indivisa o di una quota della medesima non si reputa abbia mai esistito nel comunista che non ne ottenga assegno nella divisione;

5° le rendite vitalizie a titolo gratuito, delle quali l'atto costitutivo divieti la sequestrabilità o la pignorabilità (articolo 1800 cod. civ.);

---

(1) Quando siano pignorati animali od attrezzi che servono per coltivare le terre, ovvero strumenti od utensili di opifici, fucine o manifatture, si può ottenere dal pretore (o dal conciliatore) che, in pendenza del giudizio esecutivo, codesti oggetti sieno usati per la coltivazione o per l'industria, sotto sorveglianza di un agente all'uopo delegato (art. 587).

6° il diritto di riproduzione di un'opera pubblicata sino a quando ed in quanto rimane alla persona dell'autore, non che quello di pubblicazione d'un'opera inedita che l'autore non abbia disposto di pubblicare (art. 15 e 16 della legge 25 giugno 1865). Questo divieto si fonda sul principio del rispetto dovuto alla libertà d'un autore di rendere o no pubblica l'opera del suo ingegno, o, se già pubblicata, di riformarla e variarla prima della riproduzione, a migliore tutela della propria fama e del pregio intrinseco del lavoro.

733. Per considerazioni politico-amministrative è proibito di pignorare le armi, le divise e i bagagli militari degli individui ascritti al servizio militare di terra o di mare, o aggregati alla milizia nazionale (art. 585). E sono assoggettati alle disposizioni delle leggi speciali che vi si riferiscono (art. 591), il pignoramento degli stipendi e delle pensioni corrisposti dalle pubbliche amministrazioni ai loro impiegati (1), quello dei vaglia postali (r. d. 3 ottobre 1873),

---

(1) Per le pensioni, gli assegni e le indennità spettanti agli impiegati civili e militari dello stato, la legge sulle pensioni (testo unico approvato con r. d. 21 febbraio 1895) dispone: « Art. 177. Le *pensioni* di riposo sono vitalizie: esse e gli assegni sono considerati come debito dello stato. Nè le pensioni, nè gli assegni, nè le indennità, nè gli arretrati di essi liquidati dalla corte dei conti possono essere ceduti o sequestrati, eccettuato il caso di debito verso lo stato che sia dipendente dalle funzioni dell'impiegato civile o del militare o per causa di alimenti dovuti per legge. Nel primo di questi casi la ritenzione non può eccedere il quinto e negli altri il terzo dell'ammontare della pensione ». — Nella legge 14 aprile 1864 stava poi la seguente disposizione, riferentesi all'articolo 36 (ora art. 177 del testo unico), la quale deve considerarsi sempre in vigore: « Le disposizioni contenute nel 2° e 3° alinea dell'art. 36 saranno applicate anche agli *stipendi* degli impiegati civili ». — Per le paghe degli uffiziali dell'armata di terra o di mare e loro assimilati, contiene disposizione analoga la legge 17 giugno 1864, che pure in questa parte è sempre in vigore. Infine, quanto agli impiegati del fondo pel culto, degli economati generali, dei comuni, delle provincie, delle opere pie, delle casse di risparmio, delle camere di commercio, degli istituti di emissione, delle compagnie assuntrici di pubblici servizi ferroviari o marittimi, la legge del 26 luglio 1888 dispone che gli stipendi o assegni e le pensioni loro dovuti non possano essere pignorati o sequestrati oltre il quinto del loro ammontare per debiti comuni, nè oltre il terzo per debiti con l'amministrazione, o dipendenti dal servizio, o per assegni alimentari dovuti per legge. Per i maestri elementari il divieto di pignorarne gli stipendi è assoluto, meno pel caso di debito d'alimenti per legge, nel quale può il pignoramento colpirne non più della metà (legge 1° marzo 1885, art. 2).

e quello delle somme dovute agli appaltatori delle opere pubbliche (1). È proibito inoltre di pignorare o sequestrare i libretti delle casse di risparmio postali (art. 12 della legge 27 maggio 1875).

734. Il pignoramento può essere eseguito sui mobili e sulle somme che esistono presso il debitore e su quelli che a lui appartenendo sono detenuti o dovuti da terzi (art. 583). Per un principio di giustizia facile ad intendere, è prescritto che se il pignoramento risulti *evidentemente eccessivo*, l'autorità giudiziaria può ridurlo, secondo le circostanze (art. 584), in proporzioni adeguate alla garanzia cui ha diritto il creditore procedente in relazione anche al concorso di altri creditori (veggasi numero 718).

Le disposizioni indicate dal n. 729 fino a questo punto sono comuni anche alla materia dei sequestri conservativi.

CAPO II.

Pignoramento presso il debitore.

735. Il pignoramento di mobili è sempre eseguito per atto d'usciere; quello presso il debitore consiste in un processo verbale che l'usciere redige (art. 593, 594) trasferendosi, a semplice richiesta di parte, nella casa di abitazione del debitore o nel luogo dove si trovano in di lui possesso le cose da pignorarsi. Il processo verbale non è valido se non assistano due testimoni, che, secondo il codice (art. 594), devono essere maggiori d'età, non congiunti od affini delle parti o dell'usciere sino al quarto grado inclusivamente e sono richiesti dall'usciere stesso; la legge 9 dicembre 1877 estese anche alle donne la facoltà di prestare questa testimonianza che prima era riservata ai maschi soltanto.

---

(1) Sui prezzi dei contratti che sono in corso fra l'amministrazione dello stato e gli appaltatori di opere pubbliche, non sono efficaci nè sequestri (o pignoramenti), nè cessioni, cui non aderisca l'amministrazione appaltante. È accordata preferenza, in caso di adesione, ai creditori per titoli che dipendano dalla esecuzione delle opere stesse. Dopo la definitiva collaudazione dei lavori cessano le limitazioni indicate (art. 9 della legge 20 marzo 1865, all. *E*, ed art. 351, 352, 353 della legge sulle opere pubbliche).

Non è necessario l'intervento del creditore; anzi fu discusso se convenisse vietarlo, per non conferire all'atto un carattere troppo odioso; si ammise però che gli sia facoltativo intervenire di persona o per mandatario, senza diritto a ripetizione delle spese relative (art. 595).

L'usciere ha diritto di accedere nei luoghi che gli sono indicati siccome racchiudenti le cose del debitore, e di esaminare l'interno dei mobili dove possono essere contenuti valori od altri oggetti pignorabili. Egli quindi è autorizzato a dare e far eseguire le disposizioni necessarie per l'apertura forzata di porte e di mobili, rendendone conto esatto nel processo verbale, poichè trattasi di atti in cui l'abuso impegnerebbe gravemente la sua responsabilità (art. 596).

736. Il processo verbale di pignoramento è compilato nel luogo dove si trovano le cose mobili pignorate. Esso consiste in una descrizione esatta delle cose medesime, che serve ad identificarle, perchè non possano poi impunemente essere consumate sottrazioni od altra sorta di trafugamenti. È prescritto anche che l'usciere determini in modo approssimativo il valore degli oggetti pignorati, allo scopo di averne un criterio onde giudicare della sufficienza dell'atto compiuto al soddisfacimento della obbligazione che vi dà causa. Gli oggetti d'oro e d'argento e le gioie si descrivono e si pesano; ove manchi la possibilità di pesarli, vengono rinchiusi e suggellati. Se non si trovano oggetti pignorabili, viene redatto un processo verbale negativo (art. 597). Quando il pignoramento ha per oggetto frutti non ancora raccolti o separati dal suolo, il processo verbale indica la loro qualità e natura, descrive il fondo dove si trovano, indica l'estensione approssimativa delle sue parti, il numero delle piante su cui si trovano i frutti (art. 606, 607). È inutile per noi analizzare più minuziosamente le discipline contenute nei testi di legge menzionati qui sopra.

737. È probabile che il pignoramento non raggiungerebbe l'effetto suo, malgrado le minaccie della legge penale, se, dopo identificati gli oggetti, non fosse provveduto alla loro sicura custodia. Dell'atto di pignoramento forma adunque parte integrale la nomina del custode; solo nel caso in cui

essa riesca affatto impossibile è rimesso all'accorgimento dell'usciere di disporre coi mezzi più opportuni, secondo le circostanze, la conservazione delle cose pignorate (art. 589). Per la scelta del custode è pure arbitro l'usciere con certe opportune limitazioni suggerite dall'equità e dalla convenienza; quindi, a parità d'altri requisiti, egli deve eleggere la persona propostagli dal debitore, o quella che assuma la custodia nel luogo stesso dove le cose si trovano. Senza il consenso del debitore, o reciprocamente quello del creditore, non può scegliere per custode il creditore od il debitore, ovvero i loro rispettivi coniugi, o parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente, od infine le persone addette ai loro servigi. La persona che è nominata custode deve trovarsi presente al pignoramento e sottoscrivere il processo verbale (art. 600, 601). In compenso dell'opera sua ha diritto ad un salario; per riscuoterlo conviene però che ne abbia preventivamente concordata la misura con le parti, o che ne faccia liquidare l'importo dal pretore (o dal conciliatore). Deve usare per la conservazione degli oggetti pignorati la cura di un diligente padre di famiglia e rendere conto dei loro proventi; non può usarli nè darli in uso altrui a titolo liberale o lucrativo, sotto pena di perdere il salario e di dover risarcire i danni, salvo il caso di speciale autorizzazione come si è accennato in nota al num. 732. Se con un medesimo pignoramento si colpiscano i frutti in due o più fondi vicini ovvero formanti un solo corpo di coltivazione, è nominato un solo custode (art. 603, 608). Il custode può essere surrogato se viene meno ai suoi doveri e può chiedere quando voglia la esonerazione dal suo incarico; vi ha diritto segnatamente, ove accada che la vendita non segua nel giorno destinato. In ciascuno di questi casi il provvedimento di surrogazione è dato dal pretore (o dal conciliatore, quando sia competente) previa citazione delle parti, e si fa consegna delle cose pignorate al nuovo custode mediante processo verbale di ricognizione eretto dall'usciere (art. 602, 605). Il custode, a sua richiesta, riceve dall'usciere una copia del processo verbale di pignoramento, e quando del caso, di ricognizione, da codesto uffiziale spedita ed autenticata (art. 604).

738. Il processo verbale originale dell'eseguito pignoramento è depositato dall'usciere, non più tardi del giorno successivo alla sua data, nella cancelleria della pretura (o del conciliatore) del luogo in cui segue l'esecuzione. Se i fondi cui vennero pignorati i frutti sono soggetti a giurisdizioni diverse, il deposito si fa nella cancelleria di quel magistrato competente (pretore o conciliatore) da cui ne dipende la maggior parte (art. 604, 609). Nella cancelleria sono depositati, insieme al processo verbale, il danaro ed i titoli di credito compresi nel pignoramento, le gioie e gli oggetti d'oro e d'argento di cui il custode non abbia voluto assumere la responsabilità, o che l'usciere non abbia ritenuto prudente confidargli (citato art. 604).

739. A risparmio di spese, che assorbirebbero una somma sproporzionata alla entità del credito od al valore degli oggetti che si rinvennero presso il debitore, la legge dispone che, ove al giorno del pignoramento il credito in capitale, interessi e spese, non ecceda le lire trecento, oppure gli oggetti pignorati non superino questo importo, quantunque sia maggiore il credito, il creditore ha *facoltà di farsi aggiudicare* gli oggetti medesimi, vale a dire di ritenerli in natura a tacitazione totale o parziale del suo avere. L'aggiudicazione è fatta dall'usciere nel processo verbale, previa la stima a mezzo di perito da lui nominato. Il creditore acquista la proprietà sotto condizione risolutiva; poichè il debitore nei dieci giorni successivi all'atto, se vi sia stato presente, od alla sua notificazione, ha diritto di riscattare i suoi effetti, pagando l'intera somma per la quale furono aggiudicati. La eccezionalità della disposizione in confronto ai principii teorici della materia giustifica la riserva di questo diritto di ricupero. Ed affinchè il medesimo possa mantenere sicurezza di esercizio, è prescritto che non ostante l'aggiudicazione si nomini interinalmente un custode, salvo che tra le parti sia convenuto diversamente (art. 643 e 644).

740. Ricordando i criteri generali accolti dal nostro legislatore e spiegati superiormente (n. 709), è agevole intendere come gli stessi mobili possano essere oggetto di pignoramento da parte di parecchi creditori. L'ipotesi è contemplata nell'articolo 598 sotto due aspetti distinti: 1° se l'usciere

che si presenta per eseguire un pignoramento ne trovi un altro *incominciato*, i due pignoramenti *sono riuniti;* — 2° se trovi un altro pignoramento *già compiuto* ed un custode delegato, fa la *ricognizione* degli oggetti e può estendere il proprio atto a quelli che non sono stati compresi nel pignoramento anteriore, esistano essi nel medesimo luogo od altrove. Soggiunge il testo citato, che il processo verbale di *ricognizione* è notificato al creditore a cui istanza fu fatto il *primo pignoramento;* coll'adempimento di questa formalità il secondo creditore acquista il diritto di concorrere nella distribuzione del prezzo: oltre a quello che gli è inoltre riconosciuto dall'art. 575, di proseguire egli stesso l'esecuzione, se il primo pignorante la trascuri (1).

La notificazione del processo verbale e l'effetto della medesima si riferiscono solo all'ipotesi che i due pignoramenti *si susseguano.* Quando il secondo coincida col primo per modo da doverli *riunire,* come si regola l'azione esecutiva? Pare ragionevole intendere la legge nel senso che il secondo creditore non abbia bisogno di notificare nulla al primo: si farà invero un solo processo verbale di pignoramento, perciò niuna delle due parti sarà in caso d'ignorare il concorso dell'altra negli atti esecutivi. La prosecuzione del giudizio sarà dunque curata da entrambi d'accordo, o dal più diligente; e l'altro, in questo caso, avrà acquisito il diritto di essere chiamato a partecipare alla distribuzione del prezzo senza uopo di alcuna ulteriore diligenza.

---

(1) In questa ipotesi il secondo creditore può veramente proseguire la esecuzione *jure proprio*, in virtù cioè degli atti da lui stesso in base al proprio titolo compiuti; e non avrà quindi bisogno nè di preventiva autorizzazione del giudice, nè di conseguire dal primo creditore la consegna degli atti di cui è parola nell'ultimo capoverso dell'art. 575. Queste formalità occorreranno invece quando la surrogazione sia richiesta da uno dei creditori che partecipano all'esecuzione soltanto mediante *opposizione sul prezzo* (v. n. 749 e seguenti).

CAPO III.

Vendita delle cose pignorate presso il debitore.

741. La vendita delle cose pignorate presso il debitore si deve effettuare mediante pubblico incanto. È questa una regola comune anche alla espropriazione degli immobili e diretta ad assicurare, mercè la pubblicità e la concorrenza, il maggiore utile dalla alienazione dei beni, nell'interesse comune del debitore e dei suoi creditori.

Il pretore del mandamento in cui è stato eseguito il pignoramento e depositato il processo verbale (1), ordina la vendita, sopra domanda del creditore (fatta con *ricorso* od anche verbalmente), mediante *decreto* che viene scritto in fine del processo verbale originale del pignoramento (capov. ult., art. 604). In questo decreto stabilisce il giorno, l'ora ed il luogo in cui sarà fatta la vendita, delega a procedervi uno dei proprii uscieri o dei funzionari della sua cancelleria, od il cancelliere del conciliatore, od anche un notaro, nomina il perito per la stima degli oggetti d'oro e d'argento e delle gioie; è in sua facoltà di far eseguire la stima anche di altri oggetti quando lo creda necessario (articoli 623, 627). Il giorno della vendita deve essere separato da quello del pignoramento per un intervallo non minore di dieci giorni, termine accordato ad evidente beneficio del debitore, il quale, pagando, può far cessare l'esecuzione. Ma se gli oggetti pignorati siano di tale natura da presentare pericoli di deterioramento, sono date al pretore le più ampie facoltà per l'abbreviazione del termine ora detto e degli altri stabiliti per le pratiche successive (art. 624).

Si disputa se sia permesso al creditore ed al debitore di porsi d'accordo per vendere in via privata le cose pigno-

---

(1) Il codice fa sempre menzione del pretore, avendo esclusa la competenza del conciliatore in questa materia. Però, dopo la legge del 1892 (vedi n. 720) le attribuzioni qui sopra indicate sono comuni ai conciliatori, per i procedimenti di loro competenza.

rate. Crediamo che quando vi consentano tutti i creditori concorsi al pignoramento o partecipanti all'esecuzione, non vi sia motivo di negare simile podestà. Naturalmente se nessun creditore oltre il procedente è concorso, basterà il consenso di questo e del debitore.

742. Tutte le disposizioni della legge concernenti la vendita, sono dirette allo scopo di assicurarne meglio il risultato. Ad esso si informano non soltanto le regole generali ma anche alcuni precetti particolari che ricorderemo per primi. Così è disposto che i bachi da seta non si possono vendere prima che siano in bozzoli (art. 625); che i frutti pendenti possono essere venduti, secondo che risulti più opportuno, o prima o dopo la raccolta; nel quale ultimo caso può essere altresì autorizzata la loro vendita a trattative private, per opera del custode (art. 610).

743. In via generale il legislatore anzitutto ebbe cura che la pubblicità della vendita sia resa efficace mediante la *notorietà* della medesima. In massima pertanto è prescritto che la si faccia in luogo e tempo *di mercato,* qualora siavi mercato nel comune in cui è stato eseguito il pignoramento; il pretore può derogare da questa regola solo quando lo creda *più vantaggioso* (art. 626). Inoltre la vendita deve essere annunziata al pubblico mediante un *bando* che si redige dall'uffiziale incaricato della medesima e che va affisso a mezzo d'usciere alla porta della casa in cui si trovano le cose da vendere, a quella della casa comunale del luogo, nella piazza del mercato o nell'altro luogo in cui è ordinato di eseguire l'incanto, alla porta della sede della pretura. Il pretore può ordinare eziandio la inserzione dell'estratto del bando in uno o più giornali da lui designati. Le inserzioni come le affissioni devono essere compiute in via ordinaria almeno tre giorni prima della vendita. Copie del bando sono notificate al debitore ed al custode. E qualora la vendita non s'intraprenda per un qualunque motivo nel giorno stabilito, occorre che si ripetano le pubblicazioni dei bandi pel giorno nuovamente assegnato (art. 629, 630, 631, 633).

744. Gli oggetti da vendere sono esposti al pubblico, nel luogo e nel tempo destinati; quelli d'oro e d'argento

e le gioie devono esserlo per due ore almeno avanti il loro incanto (art. 636). La stima degli oggetti, pei quali sia stata ordinata, viene fatta dal perito mediante relazione orale all'uffiziale incaricato della vendita, che riceve il di lui giuramento e di questo come della perizia fa risultare in un processo verbale che va poi unito a quello del pignoramento (art. 628).

Ogni oggetto o gruppi d'oggetti è venduto in modo separato, a pubblico incanto, per mezzo di banditore, sotto la vigilanza dell'uffiziale incaricato, che redige un particolareggiato processo verbale. Per gli oggetti non stimati si ricevono libere offerte dagli accorrenti e chi fa migliore oblazione resta deliberatario. L'aggiudicazione gli viene fatta per danaro contante ch'egli sborsa all'uffiziale, ritirando immediatamente le cose acquistate. Gli oggetti stimati vengono posti in vendita sulla base del prezzo di stima ed aggiudicati come sopra al migliore offerente. Dalla vendita è escluso naturalmente il danaro che sia stato pignorato, il quale si tiene depositato in cancelleria per distribuirlo poi fra i creditori insieme a quello ricavato dall'asta. Se in un solo giorno non possa essere finito l'incanto, lo si continua nel primo giorno seguente non festivo, dietro semplice dichiarazione pubblica che ne fa il banditore sull'ordine dell'uffiziale. A guarentire il fedele adempimento delle molteplici e gelose attribuzioni di questo uffiziale, egli è dichiarato personalmente responsabile del prezzo degli oggetti venduti e reo di concussione se riceva dai compratori alcuna somma oltre quelle indicate nel processo verbale della vendita (articoli 634, 635, 641, 642).

745. Qualora nel giorno destinato non si presentino oblatori, l'esperimento dell'incanto viene ripetuto nel primo giorno seguente non festivo senza bisogno di nuovi bandi; in questa seconda vendita anche gli oggetti stimati sono deliberati al migliore offerente quantunque l'offerta sia inferiore al prezzo di stima. Però, ove non sia interessato nella procedura che un solo creditore, egli può preferire di ricevere in aggiudicazione le cose non vendute a prezzo di stima; pel quale effetto, gli oggetti non prima stimati lo sono a mezzo di perito nominato dall'uffiziale incaricato

della vendita. Ad ogni modo, neppure nel secondo incanto gli oggetti d'oro e d'argento possono andar venduti per somma minore del loro *valore intrinseco*, del quale deve farsi risultare nella stima. Rimanendo essi invenduti, sono dall'uffiziale procedente ritenuti in deposito come danaro, e vengono poi, *per il detto valore intrinseco*, assegnati in pagamento ai creditori; la legge ha giustamente considerato che possono in tal maniera essere equiparati a danaro e che si deve risparmiare ai creditori ed al debitore un danno troppo grave quale sarebbe la vendita per prezzo inferiore al valore intrinseco (art. 636, 637, 638).

746. Una disposizione pienamente plausibile reca l'articolo 640 coll'ordinare che quando dalla vendita di una parte degli oggetti pignorati si ricavi un prezzo sufficiente a soddisfare per intiero tutti i creditori concorrenti, si desiste dal procedimento, restituendo al debitore le somme sopravanzate.

È del pari importante la regola stabilita nell'art. 649, che allo scopo di conferire piena sicurezza agli effetti delle vendite giudiziali, dichiara non essere più ammessibile dopo la vendita o l'aggiudicazione qualsivoglia opposizione contro gli atti del giudizio esecutivo, quando pure si volesse impugnarli per nullità.

747. Discipline speciali regolano la vendita delle rendite sul debito pubblico e delle obbligazioni dello stato. Esse sono portate dalla legge 10 luglio 1861 e dal regolamento approvato con reale decreto 8 ottobre 1870: ed è fatto richiamo alle medesime dal codice (art. 639). Ciò che interessa di notare in breve su questa materia è che le rendite sul debito pubblico non possono mai essere pignorate presso l'amministrazione dello stato; i relativi certificati che siano colpiti da pignoramento presso il proprietario o presso altro detentore sono venduti per mezzo d'agente di cambio; è manifesta invero la convenienza di prescindere dal pubblico incanto per codesti titoli il cui valore è ufficialmente determinato giorno per giorno dai listini della borsa ed è realizzabile in modo prontissimo.

Queste medesime considerazioni hanno consigliato di rimettere alla prudenza del pretore di determinare il modo

di vendita delle azioni industriali (capov. cit. art. 639), che si potrà più utilmente effettuare in molti casi alla borsa per mezzo d'un agente di cambio, anzichè all'asta pubblica.

748. Altre regole speciali sono fissate per il pignoramento e la vendita dei mobili per debiti d'imposta dagli articoli 33 e seguenti della legge 20 aprile 1871, ora testo unico approvato con regio decreto 23 giugno 1897. Basti qui accennare che non v'ha notificazione di titolo esecutivo; che scaduta la rata dell'imposta l'esattore fa intimare una ingiunzione di pagamento a termine di cinque giorni; che il pignoramento è eseguito dal messo comunale; il giorno dell'incanto è fissato dall'esattore; la vendita si effettua coll'assistenza del segretario comunale, previa stima a mezzo di perito eletto dal sindaco; le somme ricavate si depositano nella cancelleria della pretura per la distribuzione fra l'esattore e gli altri creditori concorrenti, salvo però nello esattore il diritto di ottenere l'immediato pagamento del suo credito e delle spese, quando non vi siano creditori concorrenti, o non abbiano questi privilegio uguale o prevalente al suo, od il prezzo ottenuto basti pel pagamento integrale di tutti i crediti.

CAPO IV.

Distribuzione del prezzo dei beni mobili. Istanze in separazione.

749. Eseguita la vendita, l'uffiziale alla medesima delegato trasmette entro tre giorni al cancelliere della pretura competente pel giudizio esecutivo, le somme ricavate, gli oggetti d'oro e d'argento rimasti invenduti (v. n. 745) e gli atti originali dell'incanto. A questo punto si deve far luogo ai provvedimenti necessari per la distribuzione del prezzo fra i creditori che hanno preso parte al giudizio.

Come abbiamo già detto (n. 709) la legge di procedura applica in tutta la sua estensione il principio consacrato nell'art. 1949 del codice civile. Perciò tutti i creditori che partecipano al giudizio esecutivo hanno diritto, in ragione

dei crediti rispettivi, di conseguire una parte del prezzo, salva preferenza soltanto in favore dei crediti privilegiati. Il creditore pignorante non ottiene dalla sua diligenza verun compenso speciale, onde non è impossibile il caso che per lui si verifichi il virgiliano *sic vos non vobis.*

Si vide nel capo secondo che altri creditori possono prendere parte al giudizio esecutivo facendo eseguire pignoramenti successivi od uniti a quello del primo procedente (n. 740). Oltre che in questo modo, il codice concede loro di concorrervi anche per altra via più semplice ed economica, ossia facendo *opposizione sul prezzo della vendita.* L'atto di opposizione sul prezzo consiste in una notificazione diretta dal creditore concorrente al creditore procedente, al debitore ed all'uffiziale incaricato della vendita, nella quale si accennano gli estremi del credito per cui si intende concorrere nel giudizio. Essa conferisce al notificante il diritto che la distribuzione del prezzo non possa effettuarsi se non in suo confronto; è per garantirlo di ciò che è prescritta l'intimazione anche all'uffiziale incaricato della vendita, il quale trasmette poi l'atto notificatogli al cancelliere della pretura che è tenuto a conservare i singoli atti di opposizione affinchè servano di norma nel processo di distribuzione.

750. Nessun credito partecipa alla distribuzione del prezzo, se non si è fatta per esso la opposizione nei sensi predetti, o se non ne venne acquisito il diritto mediante l'esecuzione di pignoramento contemporaneo o successivo e la notificazione, in questo secondo caso, al procedente. Questa regola si estende ad ogni sorta di credito, anche privilegiato; ma fra i crediti comuni e quelli assistiti da privilegio vi ha una differenza importantissima. I crediti comuni non concorrono sul prezzo se gli atti necessari per acquistare il diritto di partecipazione non sono compiuti *anteriormente alla vendita.* Se per uno di tali crediti si fa opposizione *dopo la vendita,* essa giova soltanto per pòter concorrere sovra quella parte di prezzo che sopravanzasse dopo pagati i creditori concorsi in tempo utile ed i privilegiati. La pubblicità che precede la vendita, la facilità con cui ciascuno può venire in conoscenza degli atti esecutivi in corso contro il suo debitore, dànno piena ragione di

questa regola. Sta bene che i creditori abbiano per *comune* garantìa i beni del loro debitore; ma è sempre necessario che sia custodito il principio: *vigilantibus jura succurrunt*. Pei crediti privilegiati si considerò conveniente di usare una maggiore larghezza. Derivi dalla legge ovvero dal fatto dell'uomo, il privilegio vincola la cosa che ne è oggetto; e nel mentre è agevole di presumerne od accertarne l'esistenza in molte circostanze, è sempre possibile tenerlo in considerazione nei calcoli che si fanno prima di iniziare l'esecuzione o durante la medesima. I crediti privilegiati concorrono pertanto nella distribuzione del prezzo, anche se la opposizione fu notificata dopo la vendita. Termine ultimo per produrre opposizioni sul prezzo, sia da parte di creditori comuni che di privilegiati, è il momento della chiusura del giudizio di distribuzione, la quale è segnata, come or ora diremo, dall'adesione degli interessati o dalla pronunzia della sentenza che risolve le loro controversie (art. 653).

751. Per distribuire il prezzo si procede in via amichevole od in via giudiziale. Nulla vieta che tutti gli interessati, mercè private conferenze, si pongano d'accordo e redigano uno *stato d'assegnazione o ripartizione* del prezzo. In tal caso lo si presenta al pretore, il quale rilascia l'ordine (*mandato di pagamento*) a favore di ciascun creditore perchè il cancelliere gli consegni o faccia consegnare la somma dovutagli (1). L'ordine è senz'altro esecutivo (v. n. 700).

Ma se gli interessati non vogliano o non possano accordarsi, il più diligente di loro cita gli altri innanzi al pretore, il quale, sentite le ragioni di ciascheduno, propone nel processo verbale dell'udienza un riparto che diviene a sua volta esecutivo sempre che sia accettato da tutti gli interessati. La contumacia del debitore è interpretata per accettazione; la legge considera che egli non abbia diritto di portare con una simile opposizione, solamente *tacita*, ritardi od imbarazzi ai suoi creditori. La contumacia di qualche creditore ha invece il valore di opposizione.

(1) Il pagamento dei mandati viene eseguito dalle casse postali, nelle quali deve essere stato versato dal cancelliere il prezzo, a norma della legge 29 giugno 1882 (art. 8) e del regolamento per l'esecuzione della medesima (art. 72 e seguenti).

Sia poi l'opposizione espressa o tacita, essa rappresenta una controversia e deve quindi essere risoluta con sentenza. La quale sarà pronunziata dal pretore stesso, se la controversia appartenga alla sua competenza, od in caso diverso dal tribunale civile a cui il pretore rimetterà la causa a udienza fissa. Il criterio per la determinazione della competenza è dato dall'art. 75, n. 3 (v. n. 120). Era inutile attribuire alla controversia una sfera più estesa di quella che la opposizione le assegna; e questa può ben essere parziale, o limitata ad un credito di poca entità. Decisa ogni controversia con sentenza passata in giudicato od accettata dalle parti, si rilasciano dal pretore i mandati di pagamento come testè accennammo (1).

Le discipline sinora esposte corrispondono al testo degli art. 646 e 650 a 654 del codice e 234 del regolamento giudiziario. È utile soggiungere che, per ottenere una partecipazione effettiva al prezzo, ciascun creditore deve giustificare il titolo della sua pretesa, fornendone ogni necessaria prova nel caso che non sia spontaneamente riconosciuto dagli altri interessati. Se per procedere alla esecuzione è necessaria la preesistenza di un titolo esecutivo, non v'ha nessuna disposizione che restringa in egual modo il diritto di opposizione sul prezzo; può quindi esercitarlo anche colui che non possegga alcuna prova scritta del credito. Per altra parte, anche sovra i titoli scritti, è permessa ogni contestazione che riguardi la entità e la sussistenza del credito e quindi la realtà del diritto di partecipazione al prezzo distribuendo. La conseguenza che ne deriva è naturalmente quella che nella sede di distribuzione del prezzo possono nascere controversie per indole e per forma appartenenti nel più esatto senso al procedimento di dichiarazione, del quale esse seguiranno le ordinarie discipline.

752. Vi ha un'altra categoria di controversie, d'indole dichiarativa, alle quali può dare occasione il giudizio esecutivo mobiliare. L'usciere, quando accede alla casa del

---

(1) Le attribuzioni date al pretore dal codice negli articoli fin qui esaminati, si estendono al conciliatore nelle esecuzioni di sua competenza, giusta il primo capoverso dell'art. 13 della legge 16 giugno 1892.

debitore per eseguire il pignoramento, comprenderà in questo, nei limiti del credito per cui si procede, qualunque oggetto che vi trovi, essendo naturale presumerne la proprietà nello attuale possessore. Ma non è impossibile che le cose pignorate, o parte delle medesime, siano proprietà di terzi, ovvero, che altri vi abbia diritto di comproprietà. A salvaguardia di simili diritti, sono dirette le *istanze per separazione*, vale a dire le azioni mercè le quali i terzi, facendo riconoscere le loro ragioni di proprietà od altri diritti reali sulle cose pignorate, ottengono dal magistrato provvedimenti conformi a giustizia (art. 647).

Attesa la rapidità con cui si passa dal pignoramento, alla vendita, la proposta di una istanza per separazione dei mobili di ragione di terzi non avrebbe modo nel più gran numero dei casi di riuscire efficace se non a patto che in pendenza del giudizio sovra la medesima la vendita sia sospesa. La legge (articolo citato) attribuisce al pretore l'ufficio di ordinare la sospensione, sopra istanza del terzo, in contraddittorio o contumacia del creditore istante. Il pretore non ha facoltà di ricusarla, ma gli è data autorità, del pari influentissima a prevenire istanze tergiversatorie, di assoggettare il terzo, secondo le circostanze, a fornire cauzione per le spese e per i danni, senza di che deve eseguirsi la vendita. Ciò nel caso che la causa ecceda per valore (cit. art. 75, n. 2) la sua competenza. Allora col provvedimento stesso col quale sospende la vendita, il pretore rimette le parti a udienza fissa davanti il tribunale (1). E

(1) Che il codice, nelle disposizioni qui sopra analizzate, faccia menzione sempre, esclusivamente, del pretore è agevole a spiegare, poichè quando furono queste dettate non era data competenza al conciliatore per le esecuzioni sui mobili. Ma poichè, come fu or ora rammentato, la legge del 1892 introdusse siffatta competenza, non sapremmo vedere alcun valido motivo per negare ai conciliatori le facoltà concesse qui ai pretori, nei casi che le istanze per separazione siano proposte in giudizi esecutivi soggetti alla loro giurisdizione. Quindi è che se la domanda per separazione sta nel limite di valore in cui può quel magistrato decidere, egli pronunzierà sulla medesima. Se ne esorbita, la rimetterà al giudizio del pretore o del tribunale competente, dando frattanto gli ordini che stimerà opportuni per far sospendere la procedura.

La determinazione del valore litigioso in una istanza per separazione sembra sottratta ad ogni dubbio dalla precisa norma dell'art. 75 n. 2

tale provvedimento (che sarà ordinanza o sentenza secondo che le parti siano state o no concordi sul punto della sospensione) viene notificato al creditore pignorante, al debitore ed all'uffiziale incaricato della vendita. La notificazione vale citazione per comparire all'udienza stabilita. Questa citazione s'intende fatta *al creditore ed al debitore;* in contraddittorio di entrambi deve infatti essere trattato il merito della domanda del terzo, non essendo minore l'interesse del debitore che quello del creditore, a contraddirvi. Se la domanda in separazione appartenga per valore alla competenza del pretore, è da distinguere. Qualora gli vengano presentati subito elementi bastevoli per deciderla in merito, egli pronunzierà addirittura una sentenza definitiva. È indispensabile per altro, in questo caso, che oltre il creditore pignorante sia citato già *ab initio* il debitore. Se la domanda del terzo ha bisogno d'istruttoria, farassi luogo alla sospensione nei modi preindicati e si fisserà udienza per proseguire il giudizio, affinchè il debitore sia posto in grado egli pure, mercè la notificazione del provvedimento, di comparire e difendere i propri diritti.

L'istanza in separazione non è una azione *vindicatoria* in stretto senso, perchè il creditore che fa eseguire il pignoramento non esercita nè può esercitare maggiori diritti sulle

---

rammentata nel testo. Pure l'esperienza dimostrò che può esservi occasione a disputa anche su questo proposito. Fino che si tratta puramente e semplicemente di discutere se il terzo è o non è proprietario delle cose di cui domanda la separazione, la lite non può avere un valore superiore a quello delle cose che vennero in controversia. Ma il creditore procedente, convenuto nel giudizio per separazione, può impugnare il titolo su cui la domanda si fonda (accusandolo, ad esempio, di simulazione); e la disputa può ampliarsi, con l'intervento del debitore espropriato, per modo che la questione circa la efficacia o validità del titolo debbasi decidere anche nei rapporti personali del debitore stesso col terzo. In simiglianti casi, se il valore rappresentato dal titolo (superando quello delle cose pignorate) eccedesse la competenza del giudice adito con l'istanza per separazione, sembra a noi che converrebbe applicare le norme comuni già stabilite riguardo alle eccezioni riconvenzionali (vol. I, num. 121 e seguenti); e perciò dal valore della controversia nata sul titolo deriverà la designazione del giudice competente anche per pronunziare sulla chiesta separazione. Vedasi cass. Palermo, 18 luglio 1893 (*Giur. it.*, 1894, I, 1, 64); *contra*, cassaz. Roma, 6 dicembre 1897 (*Giur. it.*, 1898, I, 1, 124 e 271).

cose di quelli del suo debitore; e l'istanza di cui ora parliamo non ha occasione da atti o pretese di proprietà posti in essere dal debitore, bensì dal fatto del pignoramento che non è e non crea diritto reale di veruna specie. Questa osservazione a cui finora nessuna replica efficace fu opposta da chi considera tale istanza come una vera e propria rivendicazione, preme sia tenuta presente per le varie ed importanti conseguenze che nella pratica se ne deducono.

753. Se non ha potuto per un qualsiasi motivo essere esercitato il diritto del terzo sulle cose pignorate prima che ne abbia luogo la vendita, esso si converte nell'esercizio di un diritto equivalente sul prezzo ricavatone. La proprietà degli oggetti venduti è passata nel deliberatario, in conformità della regola generale dell'art. 707 del codice civile. Ciò è stabilito dall'art. 648, il quale attribuisce al terzo la facoltà di esercitare, dopo la vendita, l'opposizione sul prezzo, per conseguirne l'assegno *in via di privilegio*, dedotte soltanto le spese giudiziali. Il debitore rimane però obbligato verso il terzo per il risarcimento dei danni; giacchè il diritto del terzo poteva, e doveva anzi, essere opposto da lui medesimo all'azione esecutiva del proprio creditore; e col silenzio si è reso imputabile certamente per colpa, se non anche per dolo.

CAPO V.

Pignoramento ed esecuzione presso il terzo.

754. Le disposizioni concernenti l'esecuzione mobiliare presso terzi sono un complemento necessario della materia che trattiamo in questo titolo. Da un lato se non fosse permesso di spropriare i beni mobili del debitore quantunque detenuti da terzi, riuscirebbe troppo agevole sottrarre una cospicua parte del patrimonio all'azione dei creditori: da un altro lato le formalità che si riconobbero opportune per l'esecuzione presso il debitore non possono del tutto appropriarsi a quella presso il terzo; così non sarebbe conveniente che l'usciere procedesse presso di lui al pignoramento mediante processo verbale con assistenza di testimoni e nomina

del custode, forse turbandolo nel possesso e godimento anche della proprietà sua che non è lecito di toccare. Va inoltre riflettuto che può formare materia di tale esecuzione un cespite importante di attività del debitore esecutato, i *crediti* cioè che egli professi per qualunque titolo o causa verso il terzo, dei quali, come di cose incorporali, non sarebbe nemmeno possibile la apprensione materiale mediante il pignoramento.

Queste in breve le ragioni delle norme speciali che dobbiamo ora esporre. La legge considera in modo distinto e con criteri sensibilmente diversi l'esecuzione *sopra i mobili* del debitore detenuti da un terzo e quella *sopra le somme* di cui il terzo sia debitore. E noi pure seguiremo siffatta divisione non meno logica che metodica.

Nel significato della denominazione « *somma di cui il terzo sia debitore* » si intendono compresi anche i crediti vincolati a condizione ed i crediti futuri d'indole alienabile, non essendovi motivo per sottrarre codesti enti patrimoniali alle legittime azioni dei creditori che hanno diritto di escutere tutta la sostanza di valore realizzabile che costituisce l'avere del loro debitore.

755. Il sistema dell'esecuzione sopra i mobili esistenti presso i terzi attinge direttiva da un triplice concetto: 1° è necessario *accertare* che presso il terzo esistono i mobili che si vogliono espropriare; 2° di essi deve venire costituito custode giudiziale il terzo, giovando questa misura alla economia del giudizio, alla semplicità delle forme ed al riguardo dovuto al terzo estraneo ai rapporti fra il creditore ed il debitore; 3° accertata l'esistenza dei mobili presso il terzo, se ne deve proseguire l'espropriazione secondo le regole ordinarie, vale a dire mediante l'incanto, cessando a questo punto ogni motivo di distinguere fra la esecuzione presso il debitore e quella presso il terzo.

Queste premesse rendono piana l'intelligenza delle disposizioni contenute negli articoli 611, 612, 618.

Il pignoramento dei mobili presso il terzo è fatto per atto *notificato* al terzo ed al debitore nella forma *delle citazioni* (art. 611). Dalla data di quest'atto il terzo è costituito sequestratario giudiziale dei mobili presso di lui esistenti

con tutti gli obblighi e le sanzioni penali da simile qualità dipendenti (art. 612). Dei mobili che sono ritenuti dal terzo viene ordinata la vendita in conformità alle regole esposte nel capo terzo di questo titolo, *salvi i diritti che appartengono al terzo sugli oggetti stessi* (art. 618). I *diritti del terzo* non possono essere se non d'indole *creditoria*, sia che abbia privilegio sul loro prezzo in virtù di contratto di pegno (art. 1879 cod. civ.), o per altro dei titoli indicati nei nn. 7, 8, 9 dell'art. 1958 del codice stesso, ovvero che gli competa diritto di ritenzione come depositario (art. 1863 cod. citato), od altro.

756. Non solo il pignoramento si eseguisce con atto notificato in forma di citazione, ma esso contiene come requisito essenziale una vera e propria citazione (cit. art. 611), essendo indispensabile il contraddittorio per poter accertare se esistano presso il terzo mobili di spettanza del debitore. L'atto di cui parliamo deve contenere infatti, giusta il menzionato testo di legge: 1° l'enunciazione della somma dovuta, del titolo in forza del quale si procede e della sua spedizione in forma esecutiva; 2° l'indicazione, almeno generica, dei mobili che sono presso il terzo; 3° il divieto a costui di disporne senza ordine di giustizia; 4° la dichiarazione di residenza o di domicilio o l'elezione di questo nei sensi indicati al n. 715; 5° la data della notificazione del precetto al debitore; 6° la citazione del debitore e del terzo a comparire davanti il pretore del mandamento in cui il terzo ha residenza o domicilio (1), perchè quivi costui dichiari i mobili dei quali è detentore e il debitore, *se voglia*, sia presente alla dichiarazione ed agli atti ulteriori. La legge ha inteso, — e non v'è bisogno di dirne le ragioni — che l'assenza del debitore non ponga ostacolo all'andamento del giudizio; libero a lui di comparire e di muovere tutte le opposizioni che crede, poichè ha pienissimo interesse negli atti del procedimento e non perde mai la qualità di parte in causa, se egli stesso volontariamente non rinunci alla difesa.

---

(1) Anche qui è da rammentare che nei procedimenti di esecuzione mobiliare pei quali è competente il conciliatore, le attribuzioni date dal codice al pretore sono estese anche a quel magistrato (citato, art. 13 della legge del 1892).

Fino dal momento della notificazione (nè importa che sia eseguita in persona propria), il pignoramento rende indisponibili le somme o le cose, tanto per il debitore come pel terzo, sotto responsabilità diretta di quest'ultimo. Non è però tolto il diritto al debitore di procedere ad atti conservativi delle sue ragioni verso il terzo, sia che si consideri ciò legittimo per la appartenenza che in lui ne perdura, sia che lo si giustifichi dal punto di vista della rappresentanza dei creditori, ch'egli esercita. E, occorrendo, potrà anche intraprendere o proseguire contro il terzo atti di esecuzione; ma non potrà riscuotere il prezzo dei beni che abbia fatto vendere, perchè tale atto sarebbe assolutamente incompatibile con gli effetti del pignoramento eseguito a di lui carico.

757. All'udienza fissata il terzo deve fare la *dichiarazione* dei beni mobili detenuti (art. 613). In essa oltre le indicazioni opportune per specificarli è tenuto pure ad enunciare qualunque pignoramento, sequestro od opposizione precedentemente fatti presso di lui, indicando il nome e il cognome dei creditori da cui provengono, la residenza od il domicilio nei rispettivi atti designati, i titoli esecutivi ivi menzionati. Il creditore pignorante deve quindi far notificare a codesti creditori il suo atto di pignoramento; egli può continuare il giudizio, se non si verifica che già un altro sia in istato più inoltrato; ad ogni modo si opera di questa guisa il concorso reciproco di un creditore nella esecuzione intrapresa dall'altro, per l'effetto finale della partecipazione nel prezzo che si ricaverà dalle cose pignorate.

La dichiarazione è ricevuta dal cancelliere mediante processo verbale che egli sottoscrive insieme al dichiarante che deve essere il terzo in persona ovvero un suo procuratore, munito di mandato speciale per questo atto che rimane annesso al verbale (articolo 615). Il terzo col dichiarare che ritiene mobili d'altrui spettanza fa una vera confessione giudiziale, laonde erano da rispettare le forme prescritte nello art. 1356 del codice civile per la validità di quest'atto.

Dopo la dichiarazione, il pretore ordina la vendita dei mobili, mediante *sentenza*, con cui destina il giorno dell'incanto e dà gli altri provvedimenti menzionati al n. 741. Diciamo occorrere una sentenza, perchè si tratta di chiudere

un contraddittorio; non influisce adunque sulla forma della deliberazione la mancanza di dissensi fra le parti, come si è spiegato superiormente (vol. I, n. 59).

Le spese occorse al terzo per la di lui dichiarazione e per la comparizione devono essergli rifuse; egli quindi ha diritto di ripeterle con privilegio sul prezzo di vendita delle cose che riteneva; nel caso che rimanga senza effetto il pignoramento, per non essersi trovati i mobili presso il terzo, deve rifondergli le dette spese il creditore istante (art. 617).

Alcune delle regole che diremo ora, relative al pignoramento di somme dovute al terzo, si applicano anche al pignoramento dei mobili, come verremo espressamente indicando.

758. Quando l'esecuzione si dirige sopra le somme dovute dal terzo al debitore esecutato, vigono ancora i due primi criteri spiegati nel n. 755; occorre infatti di *accertare* che il terzo sia debitore della somma ed inoltre giova costituirnelo sequestratario ossia custode giudiziale, affinchè non effettui il pagamento, in pendenza del giudizio, al proprio creditore o ad altri per lui. Quindi il pignoramento si eseguisce nella forma stabilita dall'art. 611, indicando nell'atto le somme che reputansi dal terzo dovute; e si fa luogo alla dichiarazione come nell'art. 613, il quale prescrive che trattandosi di somme dovute il terzo fornisca tutti gli schiarimenti necessari per identificare la di lui obbligazione. Ma per la fase successiva del giudizio di spropriazione, il legislatore considerò non essere opportuno tener fermo come nel caso dei mobili il principio di procedere alla vendita nei modi stabiliti per le cose pignorate presso il debitore. Invero, se il credito è esigibile *dentro breve termine*, od *immediatamente*, esso rappresenta una attività patrimoniale tanto simigliante al numerario da potersi trattare alla medesima stregua. Ed a quella guisa che il danaro pignorato non viene venduto, ma *assegnato in pagamento* al creditore procedente, così i crediti pignorati la scadenza dei quali non vada al di là di centottanta giorni, sono *assegnati* mediante la sentenza e dietro la dichiarazione del terzo, al creditore istante, *in pagamento* del suo avere, sino alla concorrenza di questo. Una differenza però è imposta dalla natura delle cose. Quando

si assegna *denaro contante*, il pagamento è definitivo ed estintivo; quando si assegna *un credito*, l'effetto del pagamento è condizionato; si produrrà cioè l'estinzione del titolo per cui si procede, solamente dopo che il creditore istante avrà esatta dal terzo la somma dovuta. Indi è che l'assegno, secondo dichiara la legge, viene fatto coll'effetto di pagamento, *salvo esazione* (art. 619).

Il debitore non è dunque liberato; egli rimane, per così dire, il fideiussore legale del proprio debitore verso il creditore assegnatario. Le regole della fideiussione sono applicabili per risolvere alcune difficoltà. Così, dovrà ritenersi liberato il debitore da tale vincolo, se la esazione non possa aver luogo per colpa o negligenza del creditore; nè al debitore medesimo è da negare, anche dopo la sentenza d'assegno l'esercizio delle facoltà menzionate nel precedente n. 756, in fine, per costringere il terzo a pagare le somme dovute, assicurando così la propria definitiva liberazione.

759. La sentenza che assegna il credito al procedente rappresenta pertanto un atto di *cessione forzata* del credito stesso che il debitore fa per mezzo del giudice al suo creditore. Un punto importante a definire è quello che riguarda l'effetto di tale atto in confronto al debitore ceduto. Egli è intervenuto alla cessione mediante la dichiarazione fatta in giudizio; la sentenza di assegno opera dunque anche in di lui confronto come titolo esecutivo. Potrà il terzo appellarne o chiederne la rivocazione, nei casi in cui simili rimedi sono ammessi, se sopravvengano motivi pei quali creda di poter dimostrare insussistente la obbligazione già confessata; ma all'infuori di questi mezzi non ne ha altri per sottrarsi all'adempimento della medesima, cui potrà venire astretto senz'altro in virtù della sentenza d'assegno, per tutte le vie di coazione legale.

Se non che si dànno casi nei quali manca la dichiarazione del terzo e tuttavia egli è ritenuto debitore della somma, ovvero detentore delle cose mobili (v. n. 763). In simili ipotesi la sentenza di assegno avrà del pari l'effetto indicato? Non si deve porlo in dubbio. Alla contumacia delle parti supplisce la parola del giudice. Il quale come surroga col suo consenso quello del debitore espropriato

per dare validità alla cessione, surroga colla sua la dichiarazione del terzo per riconoscere l'esistenza del credito ceduto. Per eliminare ogni incertezza su questa dottrina, basti la riflessione seguente: se il terzo nega in mala fede di essere debitore o detentore delle somme o delle cose, può il creditore istante fornire al giudice le prove necessarie a smentirlo; allora il giudice condannerà il terzo al pagamento delle somme ed alla consegna delle cose; — e che altro è codesta condanna se non la dichiarazione di debito emessa dal giudice in luogo e sostituzione del terzo?

Discende, da quanto fu ora detto, che l'esecuzione contro il terzo ha uno speciale risultato in di lui confronto, quello di porre in essere un titolo esecutivo della sua obbligazione, quand'anco in origine ne fosse sprovveduta. Ma non si potrà dire che ciò costituisca una lesione del diritto del terzo, giacchè nessuno avendo diritto di non adempiere le proprie obbligazioni, nessuno può sottrarsi all'eventualità della formazione giudiziale d'un titolo esecutivo a proprio carico: e nel procedimento di cui parliamo il terzo non ha d'altronde l'onere di alcuna spesa, laonde i suoi interessi per questa parte sono perfettamente salvi.

760. Sappiamo che può verificarsi concorso di più creditori in una medesima esecuzione presso il terzo (v. n. 757). Quando esso abbia luogo nel caso di pignoramento di somme, l'assegno delle medesime si effettua in proporzione dei singoli crediti concorrenti, salvi i privilegi; la legge considera però che non sia conveniente imporre a più persone, l'una all'altra sconosciuta e straniera, una comunione forzata, sia pure parziale e transitoria. Quindi l'aggiudicazione proporzionale è ammessa quando i creditori concorrenti sono d'accordo nel chiederla; nel caso contrario si ordina la vendita del titolo creditorio, qualunque ne sia la scadenza (art. 620).

760 *bis*. Allorchè il credito sia esigibile in termine più lungo di centottanta giorni, pare ragionevole considerarne cessata od almeno diminuita l'affinità col danaro contante; non deve essere imposto al creditore procedente un soverchio indugio al ricupero del suo avere. Egli ha pertanto il diritto di chiedere la vendita; e solo se a lui piace, il citato art. 620 gli lascia la facoltà di chiederne l'assegno.

Lo stesso è disposto per la ipotesi che sia pignorato, in luogo di una somma capitale, un censo od una rendita perpetua mobiliare, poichè non lice astringere il creditore ad avere impiegato stabilmente il suo capitale in una forma da lui non prescelta. Se però egli preferisca ottenere l'assegno, i censi e le rendite perpetue sono ragguagliati a cento lire di capitale per cinque lire di rendita (art. 621). Venendo invece pignorate rendite temporarie, ne è dalla legge riconosciuta necessaria la vendita (cit. art. 620), poichè sopra di esse non è effettuabile la capitalizzazione anzidetta: non vuolsi escludere per altro che in virtù di accordi che seguano in giudizio fra tutte le parti interessate possa farsene oggetto di assegno.

Le norme ora esposte si applicano anche quando vi sia concorso di più creditori.

Avverte l'art. 622 che nel pignoramento di censi, rendite o crediti fruttiferi, sono comprese le annualità scadute al tempo della notificazione, e tutte le successive che decorrono sino al giorno dell'assegno o della vendita. È facile intendere del resto che quanto sopravanzi all'integrale pagamento dei creditori concorrenti, viene ad ogni modo liberato in favore della parte espropriata.

761. La vendita dei crediti, quando ne sia il caso, viene ordinata con sentenza, come si indicò al n. 757. L'incanto dev'essere eseguito nelle forme ordinarie; però fra la dichiarazione del terzo e la vendita è prescritto un intervallo non minore di giorni venti. Ed il bando, oltre che indicare colle necessarie specificazioni il credito da vendersi, deve venir affisso e pubblicato almeno *otto giorni* prima dell'incanto e notificato anche al terzo debitore dell'espropriato (art. 632).

Il prezzo ricavato dalla vendita si distribuisce fra i creditori nelle forme e colle regole spiegate nel capo precedente.

È superfluo accennare che, avvenuta la vendita del credito al pubblico incanto, il debitore espropriato non serba alcun vincolo di responsabilità per la esazione del medesimo. Solo il compratore corre ogni alea derivante dalla solvibilità o insolvibilità del terzo pignorato. Se poi il credito non esistesse (il che non potrebbe verificarsi dopo la vendita se non nella ipotesi di costante contumacia del

terzo durante il processo esecutivo), ne risponderebbero il creditore procedente per colpa aquiliana e il debitore espropriato come cedente, sia pure in seguito a coazione, non diminuendo questa la di lui responsabilità mentre egli poteva e doveva impedire, con le eccezioni che gli competevano, la continuazione del procedimento.

762. Il giudizio di espropriazione di somme o di mobili presso il terzo, comprende, come si è veduto, un processo di esecuzione a carico del debitore ed uno di dichiarazione in confronto del terzo. La legge si è occupata in particolare delle controversie alle quali nell'uno aspetto e nell'altro esso può dare occasione. Qualora siffatte controversie riguardino le relazioni fra creditore e debitore, sia per la forma del procedimento ovvero per il titolo, saranno decise secondo le norme comuni di competenza indicate nel n. 720; nè su di ciò vi era bisogno di altre disposizioni oltre quella generale dell'art. 570. Qualora invece sia coinvolto nella disputa anche il rapporto processuale col terzo pignorato, ovvero il titolo della di lui obbligazione, presentasi ragionevole di distinguere. Se la questione riguarda il procedimento, il conciliatore o pretore la potrà decidere purchè sia nei limiti della sua competenza per valore; in caso diverso la rimetterà al pretore o tribunale del luogo della esecuzione. Se invece la disputa sorge intorno all'obbligazione del terzo, dovendo essere rispettate le regole del giudizio *dichiarativo*, la decisione di essa è da rimettere a quel magistrato che per ragione di territorio e di valore sarebbe stato competente se il terzo fosse stato citato direttamente dal proprio creditore, cioè dal debitore espropriato. Nel caso poi in cui quest'ultimo, rendendosi attore avrebbe potuto scegliere fra diverse autorità competenti (per ragione di territorio), la scelta spetta al creditore procedente. Ciò è di tutta giustizia, perchè devesi conciliare il diritto del terzo col minore incomodo del creditore che procede, e perchè quest'ultimo, nei rapporti col terzo, è da considerare come rappresentante del di lui creditore, per tutti gli effetti della procedura.

Tali sono le disposizioni degli art. 614 e 616, dovendosi tener presente che l'abolizione dei tribunali di commercio rese impossibile qualsiasi distinzione di competenza per

ragione di materia, nei casi di rinvio per dispute relative alla obbligazione del terzo. Soltanto, se questa è commerciale, deve essere giudicata secondo le norme sostanziali e procedurali proprie di siffatte materie.

763. Accennammo che il terzo può essere ritenuto detentore dei mobili o debitore delle somme, anche senza averne fatta dichiarazione (v. n. 759). La ragione di questo provvedimento fu anche spiegata. Quale giudice è competente a supplire al silenzio del terzo? La deliberazione, secondo il testo dell'art. 614, appartiene alla *sede esecutiva;* vale a dire, se il conciliatore o il pretore è competente pel valore, pronunzia egli stesso; se non lo è, rinvia al pretore o rispettivamente al tribunale.

Il giudice competente *può* ritenere il terzo debitore o detentore delle cose pignorate e condannarlo come tale; ma *può anche*, malgrado la contumacia, giudicare che non consta la esistenza della obbligazione sua (art. 614). Ciò significa a nostro credere che il terzo non deve essere condannato in contumacia, se non vengono somministrate a di lui carico prove sufficienti; è troppo chiaro che il legislatore ha escluso anche qui l'efficacia della tacita confessione che per avventura si volesse desumere dalla mancata comparizione: altrimenti sarebbe prescritto di ritenere debitore il terzo, senza più.

Rinviato il giudizio al magistrato competente, il terzo può comparirvi e fare quella dichiarazione che non aveva fatta prima. Se poi è giudicata dal tribunale o dal pretore, in di lui contumacia, la esistenza dell'obbligazione, egli ha diritto di appellare e di far la dichiarazione in appello. È però da notare che le maggiori spese a cui dà luogo la comparizione del dichiarante in sede d'appello, devono essere da lui medesimo sopportate (ult. capov., art. 614).

Quando la controversia sia occasionata non dalla contumacia del terzo ma dal di lui rifiuto a fare la dichiarazione, si osservano uguali regole per la competenza e per la procedura (art. cit., primo alinea).

763 *bis*. Una forma eccezionale di pignoramento presso terzi è stabilita a favore dell'esattore, quando procede sopra le pigioni o i fitti dovuti al contribuente (art. 41, 42 della

legge citata al n. 748). Il pignoramento dei fitti e delle pigioni scadute obbliga l'affittuario o inquilino a farne pagamento all'esattore, fino a concorrenza del debito d'imposta, entro quindici giorni dal pignoramento. Le rate ancora da scadere devono essere alle rispettive scadenze similmente pagate. Per conseguire tali pagamenti l'esattore può esercitare tutti i diritti che competono al contribuente locatore. Inoltre, i frutti del fondo affittato sono sempre pignorabili direttamente dall'esattore, pel debito d'imposta relativo al medesimo e garantito dal privilegio di cui nell'art. 1962 del cod. civile.

TITOLO III.

ESPROPRIAZIONE DI IMMOBILI

CAPO I.

Precetto e trascrizione.

764. Il sistema seguìto dal nostro codice nel regolare il procedimento esecutivo immobiliare fu segno di alti encomi e di vivaci censure. Di quelli e di queste vi ha giustificazione. Nei criteri sintetici presi a guida il legislatore è stato in genere ossequente ai dettami della scienza intenti a conciliare la tutela dei diritti del creditore procedente, dei creditori ipotecari, del debitore espropriato. Nella redazione delle norme specifiche di competenza e di procedura non sempre fu altrettanto felice; i testi della legge lasciano frequenti occasioni a gravi discordie fra gli interpreti; ma di più il processo esecutivo sugli immobili è fatto talmente lungo e dispendioso da riuscire rovinosa addirittura, e per i creditori e pel debitore, la spropriazione degli stabili di poco prezzo.

Noi dobbiamo tener conto dello scopo di questo libro e dei confini speciali che il disegno della sua compilazione gli prefigge. I nostri discorsi avranno dunque per oggetto le disposizioni del codice di procedura toccando di quelle scritte nel codice civile sulla medesima materia (libro III, tit. XXVI) solo quel tanto che può essere indispensabile a rendere chiara la trattazione.

765. Oltre agli elementi ordinari già indicati (n. 715), il precetto immobiliare deve contenere l'assegnazione al debitore di un termine di trenta giorni per il pagamento, colla avvertenza che non pagando nel detto termine si procederà alla subastazione dei beni immobili descritti nel precetto

stesso. La necessità della identificazione di tali beni è inerente alla natura del procedimento, nel quale, come or ora diremo, è il precetto, che integrato mercè la trascrizione, produce l'effetto stesso del pignoramento nella esecuzione mobiliare, quello cioè di determinare e sottrarre alla disposizione del debitore gli enti che dovranno essere spropriati. L'indicazione degli immobili è data sufficientemente quando si esprima la loro natura, colla designazione del comune in cui si trovano, dei relativi numeri di catasto e delle mappe censuarie, dove esistono, e di tre confini almeno (art. 659 cod. proc., e art. 1979, 2084 cod. civile). La designazione del comune e quella dei confini non potendo mai mancare, ed essendo quelle che possono fornire luce sicura anche nei casi di errori o di lacune, nelle indicazioni censuarie, sono da considerare come le più importanti in ogni caso.

Il creditore ipotecario ha diritto di far espropriare gli immobili sui quali ha l'iscrizione, anche quando sono passati ad un terzo possessore (art. 1964 capoverso ultimo e art. 2076 codice civile). Il precetto deve in tal caso essere notificato al debitore ed al terzo possessore, colla intimazione a quest'ultimo di pagare nei trenta giorni o di rilasciare nello stesso termine l'immobile acquistato, a senso e per gli effetti degli articoli 2014 e seguenti del cod. civile (art. 706). La facoltà del rilascio è data solo al *terzo possessore;* quindi il terzo che abbia direttamente costituita ipoteca sui propri beni a garanzia del credito è soggetto a tutto il rigore della procedura stabilita contro il debitore.

766. Se per massima (v. n. 725) l'opposizione del debitore non sospende il giudizio esecutivo, il legislatore ha reputato necessario di tener conto della normale gravità di una espropriazione di immobili e della profonda alterazione di rapporti giuridici che ne derivano. Volle pertanto favorire il debitore diligente, statuendo che la opposizione al precetto proposta nel termine dei trenta giorni sospende l'esecuzione (1); mentre quella proposta al di là di codesto ter-

(1) A favore degli istituti di credito fondiario è stabilito invece che la opposizione non sospende la esecuzione del precetto, in qualunque tempo sia proposta; però la sospensione può essere ordinata dal tribunale (art. 13 della legge 4 giugno 1896).

mine ricade sotto la sanzione del principio generale, a meno che l'autorità giudiziaria stimi di ordinare la sospensione *per gravi cause.* Quando il giudizio è sospeso, il termine comminatorio del precetto riprende il suo corso dal giorno in cui è notificata la sentenza che rigetta l'opposizione. Se però la parte di termine ancora da compiere è minore di dieci giorni, essa viene prolungata sino a questa misura; invero senza un simile provvedimento d'equità, le conseguenze della sospensione risulterebbero di soverchio onerose pel debitore soccombente (art. 660). Alle espropriazioni di immobili intraprese in base a cambiale sono applicabili le norme esposte al n. 725.

767. Il precetto deve essere trascritto presso l'uffizio delle ipoteche nel cui circondario è situato rispettivamente ciascuno degli immobili da espropriarsi (capov. art. 659). Gli effetti della trascrizione sono specificati nell'art. 2085 del codice civile. Dalla data della trascrizione il debitore non può alienare nè i beni nè i frutti; degli uni quanto degli altri *rimane in possesso come sequestratario giudiziale;* ed il prezzo dei frutti va unito a quello dei beni per essere distribuito nel giudizio di graduazione (v. capo terzo di questo titolo). Il procedente od uno qualunque dei creditori può chiedere al tribunale, a maggiore garanzia di questi effetti della trascrizione, che sia nominato altro sequestratario in luogo del debitore; ed il tribunale giudica su questa domanda come gli sembra *opportuno;* ciò significa che non occorrono prove rigorose di mala fede o di malversazioni del debitore, per ottenere il provvedimento. La pendenza di una opposizione al precetto, non impedirebbe di emanarlo, trattandosi qui di un atto meramente conservativo. Tanto il debitore come il sequestratario che in sua vece sia deputato, possono ottenere dal tribunale la facoltà di affittare precariamente i beni, a determinate condizioni, sentito il creditore istante ed in ogni caso il debitore (1).

---

(1) Giusta l'art. 11 della legge 4 giugno 1896 gli istituti del credito fondiario, tosto notificato il precetto, possono citare il debitore dinanzi al presidente per ottenere la nomina di un sequestratario mediante ordinanza. Il presidente deve preferire la persona proposta dall'istituto

Per poco che si mediti intorno a queste disposizioni, riesce chiaro come la trascrizione del precetto in grazia della sua pubblicità, abbia valore consimile al pignoramento dei mobili, e produca altresì effetti analoghi. Di fronte alla nitida espressione dell'art. 2085: *che il debitore rimane in possesso dei beni come sequestratario giudiziale*, non pare accettabile l'insegnamento che egli conservi diritto di assoggettare ad ipoteche *(convenzionali)* i beni compresi nella esecuzione. Come mai potrebbe avere simile facoltà, se non è libero neppure di affittarli? La ragione della legge ci sembra del resto evidente. Dal giorno in cui i beni sono posti a disposizione del magistrato perchè esso li devolva al soddisfacimento dei creditori, non è più lecito al debitore di alterare

---

purchè la riconosca idonea. Non è richiesta la prova di alcun pericolo per giustificare l'istanza.

A favore poi degli istituti di credito fondiario delle banche di emissione, l'art. 7 della legge 8 agosto 1895, allegato *S*, stabilisce che tanto per la nomina del sequestratario come per la cauzione che possa venirgli richiesta, il presidente *dovrà* conformarsi alle proposte degli istituti richiedenti.

La legge 22 febbraio 1885, all'articolo 23 dichiarava l'ordinanza del presidente non soggetta a reclamo, anche nel caso di non comparizione del citato.

Invece l'art. 11 predetto della legge del 1896 dispone al penultimo capoverso che le ordinanze del presidente *sono provvisoriamente esecutive*. Ciò significa che contro le medesime può essere proposto reclamo al collegio, a sensi dell'art. 183 del codice di procedura (v. vol. I, n. 287); e tale innovazione si estende anche al caso degli istituti di credito fondiario delle banche di emissione, nulla disponendo sulla proponibilità di reclami la legge del 1895.

La facoltà di affittare i beni posti in espropriazione dagli istituti di credito fondiario è regolata nell'art. 12 della citata legge del 1896, che deferisce pure al presidente la pronunzia della relativa autorizzazione mediante ordinanza *non impugnabile*. L'autorizzazione può essere generica e non relativa a un determinato contratto. Il sequestratario con le rendite e coi frutti che riscuote deve provvedere alle spese di amministrazione e al pagamento dei tributi pubblici, versando il di più alla cassa dell'istituto. Queste regole valgono anche nel caso di sequestratario nominato nelle forme ordinarie a istanza di altro creditore.

Nei procedimenti di espropriazione promossi dall'esattore, nei quali in luogo del precetto viene trascritto l'avviso d'asta, tale trascrizione produce gli effetti del sequestro dei beni e dei frutti; la nomina di altro sequestratario in luogo del debitore può essere accordata dal pretore sopra istanza dell'esattore procedente (art. 49 della legge, testo unico approvato con regio decreto 23 giugno 1897).

con suoi atti la condizione d'idoneità in cui i medesimi si trovano a fornire *una comune garantìa* pei creditori che non abbiano in precedenza acquistato diritti di prelazione. Senza di ciò, lo scopo della espropriazione verrebbe troppo facilmente frustrato. Quanto alle ipoteche *giudiziali* posteriori alla trascrizione, sebbene l'argomento offra materia ad una elegantissima controversia, reputiamo che il testo della legge non conceda di sostenerne la inefficacia. Circa le ipoteche *legali*, ci sembra di dover ammettere la inefficacia di quelle dipendenti da atti *contrattuali* stipulati dal debitore *dopo* la trascrizione del precetto (art. 1969, nn. 2 e 4 codice civile), poichè trattasi in sostanza di ipoteche convenzionali consentite *tacitamente* invece che *espressamente;* e ad ogni modo, nel giorno della stipulazione i beni essendo posseduti dal debitore in qualità *di sequestratario giudiziale*, neppure i terzi contraenti possono avervi fatto assegnamento per ottenere garantìa speciale delle loro ragioni.

Non è da negare che la differenza da noi ammessa fra le ipoteche convenzionali e le giudiziali, lascia insoddisfatto il senso della giustizia, in quanto la parità di tutti i creditori, che non hanno anteriormente acquisito diritti di prelazione sopra i beni ormai pubblicamente esposti in vendita e a tal fine tolti dalla libera disponibilità e dal personale godimento del debitore, dovrebbe essere piena e completa. Laonde bene avrebbe operato la legge, negando efficacia anche alle ipoteche giudiziali. Ma dovendo qui interpretare la legge, non correggerne i difetti o supplirne i silenzi, non possiamo, dalla mancanza di un divieto alla iscrizione di ipoteche giudiziali, trarre argomento per disconoscere la gravità degli argomenti che militano per ritenere invalide le ipoteche convenzionali, quantunque una recente autorevole giurisprudenza sia contraria alla nostra opinione (1). Il debitore è sempre il proprietario dei beni, questo non si mette in dubbio: ma la legge lo pone in rapporto ad essi in una

(1) Cass. Roma, 14 febbraio 1895 e 18 maggio 1896 (sezioni unite), *Giur. it.*, 1895, I, 1, 333 e 1896, I, 1, 410. Ultimamente si pronunciò in favore della opinione da noi difesa (anche nelle edizioni precedenti) la corte di cassazione di Palermo, con sentenza 30 dicembre 1897 (*Giur. it.*, 1898, I, 1, 207).

condizione speciale ben definita, in virtù della trascrizione del precetto. Egli non li può alienare, e nemmeno godere; ora, sebbene non sia questo un caso d'incapacità, non sappiamo vedere in virtù di quale diritto possa consentire nuove ipoteche. Non è questo un modo di alienare parzialmente la proprietà? Non è un modo di *goderne*, cioè di trarne un profitto, una utilità? Se la trascrizione del precetto equivale al pignoramento dei mobili, si può ben considerare che alla guisa medesima per cui il debitore non potrebbe costituire un pegno convenzionale (che è l'ipoteca sui mobili) dopo il pignoramento giudiziale, così non gli è lecito consentire a un creditore l'ipoteca dopo che fu trascritto il precetto (1).

767 *bis*. Quali saranno le conseguenze della vendita, della locazione, e, secondo il nostro avviso, della ipoteca convenzionale che il debitore abbia consentite dopo la trascrizione del precetto?

Abbiamo già detto che l'effetto della trascrizione non è già quello di rendere incapace il debitore, e che egli rimane durante il giudizio proprietario dei beni posti in vendita. Ne consegue che gli atti predetti, da lui compiuti in onta alla legge, non saranno nulli in senso assoluto, ma soltanto in relazione a quei creditori a garanzia dei quali il divieto fu dalla legge imposto, e in relazione al compratore (ciò riguarda le locazioni), il quale acquista i beni sotto la salvaguardia delle cautele dalla legge stabilite, e col diritto di presumerle fedelmente rispettate. Pertanto la nullità degli atti predetti non può essere opposta dal debitore alla persona che con lui li abbia stipulati; e nemmeno può essere fatta valere da creditori i quali non abbiano alcuno speciale diritto a

---

(1) Si rifletta, a rinforzo degli esposti argomenti, che mentre la corte di cassazione di Roma si fonda principalmente, per decidere la controversia, sulla differenza fra i due istituti dell'*alienazione* e dell'*ipoteca*, e ne induce che il divieto della prima non si comunica alla seconda, in un'altra controversia, in quella cioè concernente la validità delle ipoteche giudiziali iscritte dopo la cessazione dei pagamenti, la stessa corte stabilì la loro invalidità in base al disposto del n. 1 dell'art. 709 del codice di commercio, in cui sono vietate le *alienazioni*, ripetendo proprio la considerazione medesima che noi facciamo ora qui intorno all'art. 2085 del codice civile. Vedasi in tal senso, cassazione Roma (sezioni unite), 21 dicembre 1897, *Giur. it.*, 1898, I, 1, 54.

concorrere sul prezzo dei beni, cioè dai creditori chirografari, eccettuato fra essi il procedente (se appartiene a questa categoria), poichè, sebbene egli non abbia acquistato con la trascrizione un diritto reale (che deriva solo dall'ipoteca), ha però acquistato quello di impedire al debitore la disposizione e il godimento dei beni e di ottenerne la vendita per autorità di giudice, all'effetto di concorrere sul relativo prezzo. E per ulteriore conseguenza del carattere relativo delle nullità in discorso, è da ritenere che se la trascrizione del precetto perda efficacia, o per annullamento giudiziario, o per decadenza, o per perenzione, o per altra causa, gli atti di alienazione, di locazione, o di costituzione d'ipoteca acquisteranno validità, come se compiuti in un tempo nel quale il debitore fosse stato pienamente libero di stipularli (1).

768. La trascrizione del precetto si compie depositandone una copia autenticata dall'usciere presso il conservatore delle ipoteche insieme a due *note* contenenti le indicazioni prescritte dall'art. 1937 codice civile. Il conservatore effettua la trascrizione nei suoi registri; così il precetto è recato a pubblica conoscenza e niuno può allegarne ignoranza.

Esaminando intimamente la formalità di cui ora parliamo, si può constatare come essa costituisca parte integrale del precetto, il quale prima di essere trascritto non ha altro risultato se non quello di costituire in mora il debitore e di *minacciarlo* della esecuzione; ed incomincia a tradurre la minaccia in realtà dal giorno della trascrizione. Non è pertanto accettabile l'opinione di alcuni scrittori, secondo i quali la trascrizione opera in confronto ai terzi quell'effetto che già la notificazione del precetto ha prodotto nei rapporti fra creditore e debitore. La legge non dichiara quale potrebbe essere l'efficacia del precetto non trascritto; ma non sarebbe lecito di interpretarla nel senso che l'esecuzione possa venire proseguita indipendentemente dalla trascrizione, a quella guisa che non è ammissibile la domanda di vendita di beni mobili che non siano stati pignorati. Con-

---

(1) In tal senso: cass. Napoli, 23 giugno 1896, *Giur. it.*, 1896, I, 1, 862; appello Trani, 8 aprile 1895, *ivi*, 1895, I, 2, 471; appello Palermo, 25 giugno 1897, *ivi*, 1897, *Indice*, voce *Esecuzione immobiliare*, n. 4.

valida questa opinione il considerare che la formalità della trascrizione è ordinata, ad integrare l'atto di precetto, dal num. 1 dell'art. 1933 e dal primo alinea dell'art. 2085 del codice civile, oltre che dal capoverso dell'art. 659 di quello di procedura; e che un'altra formalità la quale vi è indissolubilmente congiunta — l'annotamento marginale della sentenza che autorizza la vendita (v. n. 780) — è imposta dall'articolo 707 *a pena di nullità.* Anche le disposizioni dell'articolo 661 che esaminiamo più innanzi (num. 770) dimostrano come non si possa pretermettere la trascrizione del precetto (1).

769. È questo un argomento sul quale conviene formarsi idee ben chiare. La trascrizione del precetto ne produce, come primo, necessario ed immediato effetto la *pubblicazione*, cioè rende notorio pubblicamente che i beni sono assoggettati a un giudizio esecutivo. È per virtù di questa pubblicità che devesi principalmente equiparare il precetto al pignoramento, nel senso che, dal momento in cui essa è avvenuta nessuno può ignorare che una istanza di spropriazione venne posta in movimento, e quindi, qualunque diritto che si acquisti da terzi è subordinato a questa circostanza e non può pregiudicare lo sviluppo regolare del procedimento. Quanto alla inalienabilità dei beni e dei loro frutti, questa è a sua volta conseguenza ulteriore dipendente dal fatto della pubblicazione del precetto. Non è quindi, a tutto rigore di logica, così inscindibile la persistenza di questi effetti dal fatto della pubblicazione, da non potersi concepire la loro cessazione, malgrado che continui a sussistere e ad avere un valore giuridico la pubblicazione stessa.

Il sequestro dell'immobile e dei frutti, che nasce al momento della trascrizione, dura normalmente fino al termine del giudizio. Ma l'articolo 2085 del codice civile, al

(1) Distinguendo la trascrizione come atto di pubblicazione del precetto, e principalmente parificabile perciò al pignoramento, dagli effetti di essa, cioè dalle restrizioni che ne derivano ai diritti del debitore proprietario, ci atteniamo fedelmente al sistema della nostra legislazione; ma non vogliamo tacere che questa distinzione pone in rilievo la poca coerenza delle disposizioni legislative, derivando da essa appunto la grave difficoltà, che nel testo procediamo ad esporre, circa la perenzione del giudizio esecutivo immobiliare.

suo ultimo capoverso, dispone che l'effetto della trascrizione (il sequestro dei beni e dei frutti) cessa « se l'istanza di spropriazione è abbandonata per lo spazio di un anno ». Sappiamo già (v. n. 716) che per l'art. 566 del codice di procedura, il precetto diventa inefficace « trascorsi giorni centottanta senza che siasi proceduto agli atti di esecuzione ». Viene dunque spontanea la domanda se questo termine più breve di decadenza sia interrotto dalla trascrizione del precetto; e se da tale momento cominci il nuovo termine dell'anno. La risposta negativa ci sembra più conforme alla legge; giacchè l'art. 2085 del codice civile nel citato capoverso assegna il termine dell'anno, non già alla *inefficacia del precetto*, ma alla cessazione degli effetti previsti nel primo capoverso dell'articolo medesimo. E inoltre quel capoverso contempla l'ipotesi che per un anno *sia stata abbandonata l'istanza di spropriazione.* Ora, per *istanza di spropriazione* non si può intendere che il giudizio il quale comincia, come or ora diremo, con la citazione per autorizzazione alla vendita. Si deve inoltre considerare che la trascrizione è formalità pedissequa al precetto, senza della quale esso non produce l'effetto di mettere a disposizione del magistrato i beni di cui ha minacciata la vendita giudiziale. Giova quindi ritenere che la inefficacia del precetto pel decorso dei centottanta giorni si verifica, malgrado la trascrizione, se nessun atto ulteriore sia stato compiuto (1). Se poi nei centottanta

---

(1) Rammentiamo che il termine per la inefficacia del precetto è interrotto dalla opposizione e fino alla notificazione della sentenza che abbia *posto fine* all'incidente (v. n. 716). Onde, se il precetto è trascritto si può avere questo curioso risultato: fin che non sia proferita la sentenza che pone fine all'incidente di opposizione durano anche gli effetti della trascrizione; pronunziata tale sentenza e trascorso un anno di *completa inerzia*, cessano i detti effetti, per la sanzione dell'art. 2085 del codice civile; ma pur tuttavia il precetto *non ha perduto efficacia*, perchè la sentenza che pone fine all'incidente non fu ancora notificata; e può essere notificata nel termine di trent'anni! Ognuno vede l'anormalità di un simile stato di cose, che dinota anch'esso quanto sia desiderabile una razionale riforma della legge.

Per la recente giurisprudenza si consultino: cassazione Palermo, 4 dicembre 1900, e corte d'appello di Napoli, 18 febbraio 1901, nella *Giurisprudenza italiana*, 1901, I, 1, 146 e I, 2, 507, con note di richiami ad altri precedenti.

giorni la istanza di spropriazione sia stata effettivamente iniziata con la citazione, com'è prescritto, ma la medesima in seguito sia stata abbandonata per lo spazio di un anno, è allora soltanto che si potrà riconoscere verificata l'ipotesi dell'ultimo capoverso dell'art. 2085, vale a dire che cesseranno gli effetti della trascrizione quanto alla disponibilità dei beni e dei loro frutti.

Ma con questa cessazione di effetti, si avrà la *perenzione* altresì del giudizio esecutivo? ossia, non potrà ulteriormente essere continuata l'istanza di espropriazione? Non lo crediamo. Il precetto e la sua trascrizione, pel decorso dell'anno *non diventano assolutamente inefficaci;* l'ultimo capoverso dell'articolo 2085 definisce nettamente quale è la conseguenza dell'abbandono per lo spazio di un anno. Il debitore ricupera la disponibilità dei beni e dei frutti; ma non è annullata per ciò la trascrizione; nè per conseguenza i beni ai quali essa si riferisce sono liberati dal procedimento d'espropriazione. Invero, una volta che tale giudizio sia iniziato, la sua perenzione è regolata dalla comune disciplina dell'art. 338 del codice di procedura (v. *retro*, n. 682), a cui non è derogato da veruna disposizione speciale riferibile ai giudizi esecutivi. Quindi l'istanza rimane in vigore fino che il suo abbandono non si prolunghi per la durata di tre anni. Solamente è da ritenere, che dopo il primo anno di abbandono, la sua ripresa o continuazione non valga a far rivivere il vincolo di indisponibilità dei beni e dei frutti. Il giudizio di espropriazione continua; ma la disposizione dei beni o dei frutti fatta nel frattempo dal debitore è valida. Per conseguenza, i frutti successivi al termine dell'anno di abbandono non sono più devoluti ai creditori, se in qualsiasi modo il debitore li abbia distratti. E qualora egli abbia venduti i beni converrà eseguire gli atti della procedura anche contro l'acquirente nella forma ch'è prescritta per l'espropriazione contro il terzo possessore (v. n. 765).

Fu qualche volta giudicato che dopo la sentenza che autorizza la vendita non abbia più luogo nè perenzione del giudizio, nè cessazione degli effetti della trascrizione, essendo ormai tutto ciò impedito dall'ordine di vendita emanato dal giudice. Tale opinione è erronea, perchè la sentenza che

autorizza la vendita è un provvedimento interlocutorio, e l'istanza di spropriazione non si chiude se non con la sentenza di vendita o di aggiudicazione.

Il sistema che abbiamo esposto, per risolvere la dibattutissima controversia della perenzione del giudizio esecutivo immobiliare non contraddice a quanto dicemmo circa la necessità della trascrizione del precetto come fondamento all'istanza di espropriazione (n. 768). Imperocchè, lo ripetiamo, l'abbandono dell'istanza per lo spazio di un anno *fa cessare quegli effetti della trascrizione che sono indicati nel primo capoverso dell'articolo* 2085, ma non fa venir meno la trascrizione medesima, nè colpisce di inefficacia il precetto; ammettere queste conseguenze sarebbe dare a tale abbandono una virtù ben maggiore di quella che la legge gli consente. Nè l'abbandono dell'istanza per lo spazio di un anno può essere confuso con la perenzione di essa, istituto completamente diverso, e retto da sue particolari discipline.

770. La espropriazione si intende intrapresa a profitto di tutti i creditori, ipotecari o chirografari, che potranno concorrere alla ripartizione del prezzo. Giova pertanto alla economia ed alla semplicità del procedimento che non possa verificarsi la simultaneità di due giudizi di spropriazione sovra i medesimi immobili. È stabilito a tal uopo nell'art. 661 che allorquando prima della vendita un altro creditore fa notificare il precetto per agire sugli stessi beni, il conservatore delle ipoteche nel trascriverlo deve far menzione del precetto preesistente ed al secondo creditore è vietato di proseguire gli atti esecutivi.

Può darsi però che il nuovo precetto comprenda maggiore quantità di beni. In questa ipotesi non va messo in dubbio il diritto del secondo creditore ad ottenere la spropriazione dei medesimi. Ma appunto perchè il giudizio non tutela un semplice interesse individuale ed in vista ancora delle forti spese necessarie al suo esaurimento, parve buon consiglio di mantenerne l'unità, prescrivendo al primo creditore di estendere i suoi atti ai beni designati nel secondo precetto, o di lasciare proseguire la spropriazione dall'altro creditore. Per ottenersi codesta unificazione, il secondo creditore deve citare il primo (in contraddittorio anche del debi-

tore da entrambi minacciato) dinanzi il tribunale competente per autorizzare la vendita (v. n. 775); quivi si fanno le deduzioni e contestazioni che possono essere del caso. Se le parti riescono a concordare le loro istanze, convenendo che il giudizio si prosegua dall'uno o dall'altro dei creditori (o da entrambi congiuntamente), il tribunale pronunzierà sentenza conforme. Se sono discordi, la sentenza deciderà quale dei due debba continuare la spropriazione di tutti i beni (capov. art. cit.) (1). Giova rilevare che l'osservanza di codeste regole riescirà veramente utile solo quando la prima istanza di spropriazione non sia di soverchio inoltrata; chè se, per cagion d'esempio, i bandi fossero per essa già pubblicati, il sospendere la vendita dei beni colpiti dal primo precetto per unirvi quelli compresi nel secondo, nuoce al tornaconto di tutte le parti ed alla celerità del giudizio. Onde le disposizioni dell'art. 661 non possono essere del tutto encomiate, quantunque sia plausibile il concetto da cui si partono. Per evitare gli inconvenienti sarà opportuno che chi vuol intraprendere una espropriazione d'immobili consulti i registri pubblici delle trascrizioni ed ometta di far precetto sovra i beni già compresi in una esecuzione anteriore. Infatti se il secondo precetto riguarda *soltanto beni diversi* da quelli del primo, le due procedure potranno svolgersi separate senza verun ostacolo, poichè questo caso non è considerato nel testo in esame.

---

(1) Abbiamo già menzionato (*retro*, n. 723) la facoltà concessa agli istituti di credito fondiario dall'art. 15 della legge 4 giugno 1896 di ottenere la surrogazione nel giudizio promosso da altro creditore, anche se questo non sia negligente. Lo stesso articolo attribuisce agli istituti predetti la facoltà di surroga anche limitatamente ai beni in loro favore ipotecati, quantunque il procedimento anteriore ne comprendesse altri ancora. Inoltre, a deroga delle disposizioni qui sopra commentate, esso esonera gli istituti di credito fondiario dall'obbligo di comprendere nel suo giudizio di spropriazione la maggiore quantità di beni a cui si riferisca un precedente precetto.

Tali norme sono state dettate esclusivamente in vantaggio degli istituti dalla legge speciale contemplati. Si può per altro osservare che esse, col favorire la molteplicità delle procedure di espropriazione a carico del medesimo debitore sono in antitesi col giusto concetto di favorire gli interessi generali del credito e quelli della proprietà immobiliare, da cui furono ispirate le disposizioni del codice civile. Ond'è che il benefizio, forse più apparente che reale, accordato agli istituti di credito fondiario, sembra risolversi in un vero danno sociale.

771. È appena necessario di notare come la disposizione dell'art. 661 non abbia alcun nesso coll'istituto della *surrogazione* regolato dall'art. 575 (v. n. 723). La surrogazione può essere domandata anche da chi non fece trascrivere un secondo precetto, ma purchè sia *creditore iscritto* e purchè il creditore istante sia incorso in negligenza. Nè in questo caso l'avere trascritto un secondo precetto conferisce titolo di prelazione ad ottenere la surroga essendosi già detto che il creditore surrogante continua la procedura in virtù degli atti e dei titoli del surrogato, di cui egli assume una sorta di rappresentanza. È dunque il creditore più pronto a chiedere la surroga che la ottiene, quantunque esista una seconda trascrizione di precetto. La quale, se fatta da un creditore chirografario, non gli conferisce neppure qualità per domandare surrogazione.

Ma ciò non significa che codesta seconda trascrizione sia assolutamente incapace di produrre effetti. Sappiamo che il precetto è perento dopo centottanta giorni di inazione e che l'abbandono della istanza di spropriazione per lo spazio di tre anni dà luogo alla perenzione di essa. Quando cotali termini siansi compiuti rispetto al primo giudizio esecutivo, non può da altri creditori essere avanzata la domanda di surrogazione come già avvertimmo (num. 723). Quindi accadrà che il precetto posteriore trovando eliminato ogni impedimento acquista attitudine a svolgere la sua efficacia ed a fornire la base di nuova azione esecutiva in favore del creditore che lo ha trasmesso, il quale prosegue *jure proprio* in quella via che il primo precettante, od altri per lui, non può ormai attraversargli.

Queste osservazioni servono naturalmente anche pel caso in cui il secondo precetto si riferisca soltanto agli stessi beni compresi nel primo e si possono eziandio applicare, al par di quelle esposte nel numero precedente, alle trascrizioni di un terzo precetto, o di un quarto, ecc.

772. Una disposizione analoga a quella che detta l'articolo 590 per i beni mobili soggetti ad esecuzione e fondata sulle medesime ragioni (v. num. 732) si legge riguardo agli immobili nell'art. 2077 del codice civile. Ivi: « La subastazione non può essere fatta, per la parte indivisa di uno

immobile, ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari prima della divisione ». Senza discutere intorno alla opportunità in genere di simile precetto (che noi ammettiamo) conviene osservare che esso presenta due rilevanti oscurità. La prima riguarda il quesito se possa essere trascritto il precetto avanti la divisione: si deve risolverla in senso affermativo, perchè il divieto della legge concerne la *subastazione*, non il *pignoramento* dell'immobile, avvertendo che il precetto trascritto cesserà *ipso jure* dal produrre effetti qualora niuna parte dell'immobile venga assegnata in divisione al debitore intimato. La seconda è relativa al dubbio se chi è creditore *di tutti i comproprietari* possa far vendere *la parte indivisa di uno di loro.* Rispondiamo negativamente per la considerazione che se lo facesse agirebbe in sostanza *come creditore del solo comproprietario* di cui espropriasse la quota, onde per una via obliqua ricadrebbe nella violazione del divieto stabilito dalla legge (1).

---

(1) Un'altra interessante questione nasce dal rapporto fra le disposizioni dell'art. 2077 del codice civile con l'art. 575 di quello di procedura: ed ha per argomento l'ammissibilità della surrogazione del creditore di un solo comproprietario nella esecuzione intrapresa dal creditore di tutti i proprietari d'un immobile indiviso. Benchè non manchino decisioni favorevoli alla surroga, noi pensiamo che essa sia inammissibile. L'articolo 575 vuole che il creditore il quale pretende di surrogarsi sia *creditore iscritto.* Si può dire che tale qualità possegga il creditore che ha iscrizione a carico di un solo comproprietario?

Se ci poniamo dal punto di vista del diritto di comproprietà che ha sullo stabile il debitore contro cui fu presa l'iscrizione, dovremmo rispondere affermativamente. Ma se ci poniamo dal punto di vista del diritto di comproprietà degli altri comunisti che non hanno debito verso colui che domanda la surroga, la risposta dev'essere ben diversa. Per essi, infatti, egli non è creditore iscritto. E lo proveranno facilmente, invocando l'art. 679 del codice civile, a norma del quale l'effetto della ipoteca costituita su una quota di beni indivisi si limita alla porzione che verrà assegnata al partecipante; non essendo da escludere che la ipoteca stessa si risolva senza effetto, qualora a lui niuna parte di quei beni sia nella divisione attribuita. Se, adunque, per gli altri comproprietari il preteso creditore iscritto *non è iscritto*, è chiaro che egli non si trova verso loro nella condizione richiesta dall'art. 575, costituente estremo indispensabile per l'esercizio della facoltà di surrogarsi nella espropriazione. Si noti poi, che il creditore surrogato agisce nella rappresentanza di colui che primo intraprese il giudizio (v. n. 723). Ora, perchè tale rappresentanza possa essere riconosciuta è logicamente indispensabile che egli si trovi verso la parte espropriata in un rapporto

773. Però colui che è creditore di uno o di alcuno fra i comproprietari, non è tenuto ad attendere che piaccia a costoro di procedere alla divisione. Può promuoverla egli stesso in via giudiziale, all'effetto di far assegnare al proprio debitore la quota che gli spetta, sulla quale procederà alla vendita. Il che non si può mettere in dubbio ed è costantemente usato nella pratica, fondandosi l'azione del creditore per la divisione sul principio stabilito nell'articolo 1234 del codice civile. Egli agisce, cioè, usando dei diritti ed assumendo la rappresentanza del proprio debitore. E non è necessario all'uopo che abbia fatto precedere la trascrizione del precetto; ma se l'ha eseguita, gli effetti della medesima si concentreranno poi sopra la quota assegnata al debitore. La legge non disciplina con la cura che era necessaria questa importantissima materia, ciò che dà luogo nella pratica a molte controversie. Fra le altre lacune notiamo questa gravissima: come si comporterà il creditore se dopo iniziato il giudizio divisionale risulti che l'immobile non è suscettivo di comoda divisione? (v. art. 988 codice civ.). Noi crediamo che egli avrà diritto di agire come potrebbe lo stesso comproprietario suo debitore, ossia di chiederne la vendita agli incanti giudiziali, secondo le regole indicate nel primo capoverso dell'art. 886 (v. n. 944). Ma così non sono rimosse per certo tutte le difficoltà pratiche, circa le quali d'altronde non possiamo qui diffonderci maggiormente.

---

giuridico materiale che parifichi la sua condizione a quella dell'altro creditore; in altre parole, occorre che a sua volta egli sia creditore degli espropriati (e per di più creditore iscritto). Quando questa identità di rapporto materiale manca, come nel caso in esame, non si può dare un fondamento legittimo alla continuazione del rapporto processuale costituito dall'iniziata procedura esecutiva. La legge non permette *al creditore chirografario di tutti i comproprietari* di surrogarsi nell'espropriazione intrapresa da un loro creditore comune; sarebbe strano che lo permettesse a chi è creditore iscritto di uno soltanto fra i partecipanti. E tanto più sarebbe strano, dal momento che egli non ha diritto di iniziare per suo conto l'espropriazione dell'intero immobile, mentre tale diritto competerebbe al creditore chirografario di tutti i comunisti. Si deve pertanto concludere che nel caso proposto il creditore di uno solo fra i comproprietari potrebbe domandare la divisione dell'immobile, per chiedere indi la surrogazione nel giudizio esecutivo soltanto sopra la porzione che al di lui particolare debitore verrà assegnata.

Sta bene tener presente che il giudizio di divisione, quantunque intrapreso allo scopo di potere poi espropriare i beni, non forma parte della procedura esecutiva e si regola quindi in tutto giusta le norme generali dei giudizi di dichiarazione e quelle speciali che esporremo nel libro seguente.

CAPO II.

Istanza di spropriazione.

774. Si è potuto osservare come le regole del procedimento esecutivo immobiliare non rispondano abbastanza nella prima fase di esso alle leggi razionali della sollecitudine e della economia. Sarebbe infatti ottima cosa che i provvedimenti relativi al caso di concorso di più precetti sopra gli stessi stabili fossero deferiti all'autorità del presidente del tribunale, colle rapide forme degli incidenti e senza neppure ammissibilità di reclami, trattandosi di disposizioni meramente ordinatorie, che a torto il codice eleva alla importanza di vere, solenni e dispendiosissime controversie.

Ma ancora peggio quando c'inoltriamo nella disamina dell'istanza di espropriazione. Essa riceve iniziamento con una citazione; e per far luogo alla vendita degli immobili occorre che la medesima sia autorizzata con sentenza del tribunale. Tutto ciò fa perdere tempo e danaro senza offrire alcuna apprezzabile guarentigia di giustizia maggiore di quelle che si avrebbero se anche l'autorizzazione della vendita fosse devoluta al presidente del tribunale. Imperocchè per pronunziarla non occorre deliberare su alcun diritto, ma basta verificare se gli atti precedenti sono regolari. Vero è che il sistema vigente dà luogo a questa apparente garanzia, che il debitore citato per l'autorizzazione a vendita può opporre qualunque eccezione, anche contro il titolo. Ma codesto non è che un difetto di più della legge. Liberissimo al debitore di muovere eccezioni ed opposizioni durante tutto il corso del giudizio; ma quando non ha reclamato contro il precetto, devesi presumere, sino a prova contraria, che si acqueti all'esecuzione; questa pertanto

dovrebbe procedere per via di provvedimenti semplici e pronti, da notificarsi al debitore perchè ciò è di suo diritto, ma spogli della solennità del contraddittorio, sino a che il debitore stesso non lo provochi spiegando formali opposizioni.

È così che noi crederemmo possibile, in una legislazione civile e razionalmente ordinata, conferire una assai maggiore rapidità al giudizio di spropriazione degli immobili, con profitto di tutti gli interessati, non escluso l'espropriato. Trascorso il termine del precetto si dovrebbe presentare ricorso al pretore od al presidente del tribunale (1), perchè previa la stima dell'immobile od in base al prezzo offerto dal creditore (come qui appresso chiariremo), sia ordinata la vendita e sia destinato il giorno per la sua effettuazione. Ma dopo avere accennate sommariamente queste idee, conviene ora che vediamo come la materia è governata nel codice.

775. L'istanza di espropriazione, abbiamo detto, si promuove mediante citazione, trascorso il termine che decorre dal precetto o dalla definizione delle opposizioni contro il medesimo tentate. Il giudizio è istituito davanti il tribunale nella cui giurisdizione sono situati i beni; se essi siano compresi in più giurisdizioni, si determina la competenza secondo il criterio della quantità maggiore, avuto riguardo per tale scopo all'importare del tributo diretto verso lo stato (art. 662). Questa competenza non è semplicemente territoriale; ma è determinata *per ragione di materia*. Quindi è competenza assoluta, non prorogabile per convenzione delle parti.

Era necessario che il legislatore si preoccupasse del modo nel quale si darà all'incanto degli immobili la base di un prezzo. Se per i beni mobili fu lasciata (non senza restrizioni) la facoltà di esporli alla libera oblazione dei concorrenti alla gara, non era possibile ammetterla per gli immobili, attesi gli inconvenienti che ne sarebbero derivati e soprattutto per il rischio di vederli alienati a prezzi infimi

(1) Diciamo anche: *al pretore*, perchè converrebbe rimediare ad un altro grave difetto del nostro sistema, che è quello di attribuire alla competenza del tribunale anche le espropriazioni di beni di minimo valore.

e rovinosi. Si presentava adunque come suggerita dalla ragione la massima di prescrivere in ogni caso la perizia prima della vendita. Parecchie legislazioni la seguirono. Altre invece adottarono il partito di obbligare il creditore istante ad offrire un prezzo (per la determinazione del quale si tentarono metodi diversi) che servisse di base all'apertura dell'incanto, affinchè egli fosse tenuto ad acquistare l'immobile in difetto d'altri oblatori. L'uno e l'altro sistema incontra obbiezioni. La perizia esige tempo e dispendio; di più rende difficile il concorso di oblatori, niuno potendo essere invogliato ad offerire un prezzo maggiore della stima; indi la necessità di ammettere che l'esperimento d'incanto riuscito infruttuoso si ripeta a prezzo inferiore della stima, col che si attirano gli oblatori ma è resa illusoria la guarentigia che nella perizia erasi ricercata. L'offerta del prezzo da parte del creditore istante assicura maggiore speditezza; ma non è giusto obbligare colui che ha diritto di *far vendere* la proprietà del suo debitore, a rendersene compratore e forse a doverne sborsare il prezzo, o buona parte di esso, pel pagamento di altri creditori. D'altronde l'offerta del creditore istante, per lasciare la possibilità della gara, deve costituire il prezzo *minimo* dello stabile; ora, se non si presenteranno altri oblatori, il creditore otterrà un indebito profitto acquistando al disotto del giusto valore i beni espropriati. Infine, quale criterio soddisfacente potrà accogliersi per la determinazione di codesto minimo prezzo da offrire?

776. Posto fra i metodi che erano a vicenda stati preferiti nei precedenti codici italiani, il legislatore li accolse entrambi. Del che non si può fargli biasimo; perchè, se i difetti del procedimento in base a stima sono dalla esperienza dimostrati assai maggiori di quelli dell'altro sistema, esso ha sempre il vantaggio di tutelare la libertà del creditore che non può o non vuole profferirsi per acquirente. Inoltre il criterio per determinare il prezzo offerto dal creditore non sarebbe, nello attuale stato della legislazione catastale, di applicazione ugualmente semplice ed esatta in tutte le parti d'Italia; e del resto possono essere soggetti all'esecuzione beni pei quali non si paga tributo diretto.

Non sono dissimulate però le maggiori simpatie che ha il nostro codice per l'offerta da parte del creditore. Oltre ad essere la forma di procedura più semplice ed economica, ha questa il vantaggio di promuovere immediatamente la concorrenza fra gli oblatori, donde il risultato che gli immobili riescono più spesso venduti a giusto prezzo e con sollecitudine assai maggiore. Nè il creditore patisce restrizione alla sua libertà, poichè gli è facoltativo di preferire l'altra via; e ad ogni modo nella eventualità, sia pur lontana, di rimanere compratore, gli sta dinanzi il compenso di un acquisto fatto a condizioni molto favorevoli.

Un punto in pratica assai delicato era quello di stabilire il limite minimo del prezzo che deve offrire un creditore. Conveniva che da un lato lo si tenesse abbastanza inferiore al valore venale ordinario, per non rendere impossibile la gara all'incanto e per dare incentivo al creditore istante ad offrirlo; e dall'altro importava che non risultasse troppo basso ai danni del debitore e degli altri interessati. Per superare la difficoltà, il legislatore ha fissato il minimo del prezzo da offrirsi in *sei decimi* di quello che presumesi normale. E poichè l'ordinario valore di uno stabile si reputa rappresentato dal centuplo del suo tributo diretto (v. vol. I, n. 113), così l'offerta si determinò nella cifra che corrisponde a *sessanta volte il tributo diretto verso lo stato* desunto dai ruoli censuari dell'anno in corso o di quello precedente (articoli 663, 665).

777. È possibile per altro che siano posti in vendita diritti reali più ristretti della piena proprietà. La determinazione dell'offerta doveva per simili casi effettuarsi in modo proporzionale. È quindi stabilito che si offrirà *trenta volte* il tributo diretto, se si tratti di beni sui quali il debitore abbia soltanto la *nuda proprietà*, oppure soltanto l'*usufrutto* (escluso quello legale degli ascendenti); e che si offrirà l'importo di sei decimi del capitale corrispondente all'annuo canone se si espropria il *diretto dominio* di beni conceduti in enfiteusi (citato art. 663). Non è specificato il criterio che si deve osservare quando sia da espropriare il *dominio utile* di beni enfiteutici; fra le divergenti opinioni apparirebbe logica quella secondo la quale l'importare dell'offerta

si determina detraendo dal sessantuplo del tributo diretto i sei decimi del capitale corrispondente al valore del diretto dominio. Ma essa incontra uno scoglio insuperabile nella considerazione altrove esposta (vol. I, n. 115 *bis*) che si tratta di due valori determinati con criteri diversi, quindi di due quantità di specie differente, tra cui non si può far luogo a sottrazione. Abbiamo d'altronde già respinta (loc. cit.) l'opinione affatto arbitraria di chi vorrebbe parificare il diritto dell'enfiteuta a quello dell'usufruttuario. Perciò noi pensiamo che il prezzo da offrire sia anche in questo caso il sessantuplo, salvo però al compratore il diritto di detrarre dal prezzo di delibera la somma occorrente per l'affrancazione del diretto dominio (art. 1564 codice civile), qualora la somma stessa già non venisse assegnata nel giudizio di graduazione al concedente dietro sua domanda ivi proposta. Invero non si può negare che l'onere del canone enfiteutico costituisce una diminuzione del valore della *piena proprietà*. L'articolo 2090 del codice civile, se non risolve direttamente la questione nel senso da noi propugnato, vi porge almeno quell'autorevole suffragio che è indicato come norma ermeneutica dall'art. 3 delle *Disposizioni preliminari al codice civile* (1).

---

(1) Ponendo a confronto le surriferite disposizioni dell'art. 663 con quella dell'art. 1967 del codice civile, si rende chiaro che la procedura di spropriazione immobiliare è permessa soltanto per quei beni che sono capaci d'ipoteca, escluse le rendite sul debito pubblico dello stato che sebbene capaci d'ipoteca devono essere espropriate con rito diverso (v. n. 747). Altre cose sono dalla legge reputate immobili, quantunque di natura *incorporale* (art. 415 codice civile) e sono: 1° il diritto di uso sulle cose immobili e quello di abitazione; 2° le servitù prediali; 3° le azioni tendenti a ricuperare beni immobili o diritti ad essi relativi. Quanto all'*uso* ed all'*abitazione*, è discutibile se sia giusto in generale il precetto per essi stabilito dall'art. 528 del codice civile col dichiarare che non si possono cedere nè affittare; non si può disconoscere tuttavia che ne scaturisce come legittima conseguenza lo escluderli dal procedimento d'espropriazione forzata. Per le *servitù prediali* è intuitivo che il godimento non può esserne scisso dalla proprietà del fondo dominante. Esse dunque saranno spropriate come accessorie alla medesima, ma non mai da sole. Quanto infine alle *azioni per ricupero d'immobili* o di *diritti* ad essi relativi, meglio assai i creditori possono approfittarne esercitandole in nome del debitore, giusta l'art. 1234 del codice civile, anzichè espropriandole.

Del resto non è ammissibile che il debitore impugni l'offerta fatta in conformità dell'art. 663 per qualsivoglia motivo; nè gli gioverebbe dimostrare che il valore effettivo dell'immobile supera di gran lunga il prezzo offerto. Poichè la regola data dalla legge è assoluta e tassativa, come emerge ancor più chiaramente dalle disposizioni che analizziamo nel numero seguente.

778. Se vogliasi promuovere la vendita in base a prezzo di stima, occorre che questo sia determinato prima della istanza di spropriazione. Il creditore è tenuto all'uopo a presentare ricorso al presidente del tribunale chiedendo la nomina di un perito. L'estratto di questa istanza è inserito nel foglio degli annunzi legali. Trascorsi dieci giorni dalla inserzione, il presidente nomina il perito, senza obbligo di sentire prima il debitore. Se però nei dieci giorni predetti un creditore ipotecario, per mezzo di procuratore munito di mandato speciale, od in persona, e mediante processo verbale ricevuto dal cancelliere, dichiara di fare l'offerta del prezzo nei sensi dell'art. 663, l'istanza di spropriazione prosegue il suo corso, sempre a cura del creditore istante, il quale promuove la vendita in base all'offerta così fatta dall'altro creditore che a sua volta rimane obbligato per tutte le conseguenze della medesima (1). Ciò dimostra quanta sia la preferenza accordata dal legislatore al metodo della offerta.

Quando si faccia luogo alla nomina del perito, il presidente gli assegna un termine per presentare la sua relazione nella cancelleria del tribunale od in quella della pretura del mandamento in cui è situato l'immobile; il giuramento è prestato dal perito all'atto in cui presenta la relazione, innanzi al presidente o al pretore delegato, salvo che il decreto gli abbia ordinato di prestarlo prima.

Tali sono le regole stabilite nell'articolo 664, il quale soggiunge pure (capoverso secondo) che non si ammette

(1) Per l'art. 13 della legge già più volte citata, gli istituti di credito fondiario possono promuovere la vendita in base al prezzo determinato a norma dell'art. 663, ovvero in base al valore attribuito agli immobili ipotecati nel contratto di mutuo, senza aver l'obbligo di rendersi acquirenti per tale prezzo, in mancanza d'altri oblatori.

reclamo contro la relazione del perito per quanto riguarda il valore. E ciò nell'intento di evitare oziose dilazioni al giudizio esecutivo.

779. La citazione per autorizzazione a vendita è l'atto col quale la legge prescrive che sia promossa l'istanza di spropriazione ed oltre i requisiti generali di ogni citazione, deve contenere la designazione precisa degli immobili da vendere, l'offerta del prezzo fatta dal creditore istante o da altro creditore, ovvero l'indicazione del prezzo di stima ed infine le *condizioni della vendita*, vale a dire quei patti speciali a cui secondo la opportunità del caso si trova prudente di assoggettare l'alienazione dei beni, la quale già sappiamo rappresentare in sostanza un trasferimento di proprietà non dissimile da quelli contrattuali. Inoltre devonsi offrire in comunicazione i documenti necessari a corredo della domanda, vale a dire: 1° il titolo spedito in forma esecutiva; 2° l'originale del precetto trascritto; 3° l'estratto del catasto o delle mappe censuarie relativo agli immobili da porsi in vendita, o, dove mancano tali registri, un certificato equivalente dell'autorità municipale; 4° il certificato del tributo diretto verso lo stato imposto sopra i detti immobili per l'anno in corso o per l'antecedente, salvo che si tratti di beni non soggetti a tributo; 5° la copia autentica della relazione peritale di stima, quando sia stata eseguita. Il creditore istante dichiarerà la residenza o il domicilio, ovvero farà elezione di questo nei modi indicati al n. 715. I documenti che si offrono in comunicazione devono essere depositati nella cancelleria del tribunale prima dell'udienza fissata (art. 665).

780. Qualora non risultino motivi in contrario il tribunale *autorizzerà*, colla sentenza, la *vendita* dei beni posti in espropriazione, determinando le relative condizioni, coll'approvare o col modificare, anche d'uffizio, quelle proposte nella citazione. Contemporaneamente dichiarerà *aperto sul prezzo dei medesimi beni il giudizio di graduazione.* Mentre il prezzo dei beni mobili viene *distribuito* fra i creditori *in proporzione* del loro avere rispettivo, quello degli immobili è vincolato dalle iscrizioni ipotecarie sovra i medesimi esistenti; e quindi occorre una *graduazione* dei creditori sul

prezzo, corrispondente e parallela all'ordine di poziorità delle iscrizioni. Delle formalità di questo giudizio dovendo parlare separatamente, non occorre qui di soggiungere altro se non che la sentenza d'autorizzazione a vendita nel dichiararlo aperto delega od indica il giudice del tribunale che dovrà istruirlo (v. n. 808 e seguenti).

Il giorno dell'incanto non è fissato nella sentenza. Dovendo farsi luogo alla vendita in udienza pubblica del tribunale, parve opportuno che la scelta e la destinazione della medesima fossero riservate al presidente, innanzi al quale la sentenza rimette appunto a tale effetto le parti.

La notificazione della sentenza di autorizzazione a vendita (la legge la designa anche col nome di *sentenza di spropriazione*, capoverso ultimo, art. 666) viene eseguita nelle forme stabilite per ogni altra sentenza di tribunale in materia civile, in contraddittorio od in contumacia. Essa deve inoltre essere presentata all'uffizio delle ipoteche, dove ne viene fatto annotamento in margine alla trascrizione del precetto, che rimane così convalidata in modo pubblico e notorio.

Queste le principali disposizioni date nell'articolo 666, che nel suo complesso riescirà meglio chiarito da quanto diremo in seguito. Importa avvertire che le formalità qui prescritte sono tutte da osservare a pena di nullità (art. 707).

781. Dopo il passaggio in giudicato della sentenza che autorizza la vendita, o semplicemente dopo la notificazione se è provvisoriamente esecutiva, e dopo l'annotamento in margine alla trascrizione del precetto, il creditore istante cita il debitore nelle forme incidentali davanti il presidente per far destinare il giorno dell'incanto (art. 666, n. 3). Questo stabilito, occorre sia data al relativo annunzio la massima pubblicità. Anche qui la legge ha adottato il sistema dei *bandi*, non escludendo neppure altri mezzi allo scopo stesso concorrenti; nel procedimento esecutivo immobiliare però il bando è un atto di grandissima importanza, molto superiore a quella che ha nelle esecuzioni mobiliari. E ciò non solo per la diversa entità di una vendita immobiliare, ma anche per gli effetti speciali che la legge gli assegna. Il bando serve in primo luogo ad annunziare la vendita, identificando gli immobili che ne saranno oggetto, e così a

provocare il concorso degli oblatori; in secondo luogo a far note a costoro le condizioni della vendita che il tribunale ha fissate e che l'acquirente sarà tenuto a rispettare ed eseguire; in terzo luogo a partecipare ai creditori iscritti l'apertura del giudizio di graduazione acciò possano farvi valere i loro diritti; in quarto luogo a diffidare chi avesse qualche diritto reale da esercitare sui beni posti in vendita, affinchè lo faccia riconoscere prima che questa abbia luogo, e così non venga a soffrirne pregiudizio. Tali scopi tutti rendendone necessaria la massima diffusione, riescirà agevole intendere le ragioni dei varii precetti di legge che ora dobbiamo esporre.

782. Il bando è redatto in originale dal cancelliere a cui ne dà apposito ordine la sentenza che autorizza la vendita (articolo 666, num. 3), dopo emessa l'ordinanza presidenziale che stabilisce il giorno dell'incanto. Esso deve essere stampato (1) e contiene:

1° il nome, cognome, il domicilio, o la residenza del debitore, del creditore e del procuratore di quest'ultimo, e del terzo possessore quando vi sia;

2° la data del precetto notificato al debitore ed al terzo possessore, se del caso, e quella della sua trascrizione;

3° la data della sentenza che autorizzò la vendita e quella del suo annotamento a margine della trascrizione del precetto;

---

(1) Circa la stampa dei bandi sono da ricordare le disposizioni seguenti del codice:

« Art. 65. Qualunque tipografo legalmente esercente può stampare i bandi per incanti ed ogni altro atto giudiziario, purchè siasi obbligato con dichiarazione fatta nella cancelleria del tribunale civile, di stampare senza anticipazione di spesa, su carta libera da somministrarsi dal richiedente, i bandi e altri atti giudiziari dei quali sia necessaria la stampa nell'interesse delle persone ammesse al benefizio dei poveri.

« Art. 66. (L'editore del giornale e) il tipografo indicati nei due articoli precedenti, che sulla presentazione di un ordine scritto del presidente del tribunale ricusino di eseguire senza anticipazione di spesa (le inserzioni o) le stampe necessarie alle persone ammesse al benefizio dei poveri, sono condannati in una multa che può estendersi a lire trecento, oltre il risarcimento dei danni verso le parti interessate.

« Incorrono nella multa di lire cento i tipografi che, senza aver fatta la dichiarazione stabilita dall'articolo precedente, eseguiscono la stampa di qualche bando o atto giudiziario ».

4° la descrizione dei beni posti in vendita, o la loro indicazione, con quella della somma annua dovuta per tributo diretto allo stato;

5° l'offerta del prezzo fatta dal creditore, o il valore risultante dalla perizia, e tutte le altre condizioni della vendita;

6° l'udienza stabilita per l'incanto e la data dell'ordinanza con cui venne fissata;

7° l'ammontare del deposito che dovrà essere fatto per le spese da chi voglia offrire all'incanto (v. n. 788);

8° l'ordine ai creditori iscritti di presentare in cancelleria le loro domande di collocazione motivate, coi documenti giustificativi, nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando; e l'indicazione del giudice delegato per la graduazione (art. 667).

Tutte codeste formalità, al par di quelle relative alle notificazioni ed agli altri modi di pubblicazione del bando, devono essere rispettate a pena di nullità (art. 707).

783. La notificazione del bando è certificata mediante processo verbale dell'usciere che poi viene da lui, entro il termine di tre giorni, depositato presso il cancelliere. Essa è eseguita pel debitore e pel terzo possessore nella forma stabilita per le sentenze di spropriazione (v. n. 780) e per ciascuno dei creditori ipotecari che hanno prese iscrizioni a tutto il giorno in cui fu annotata nel registro delle trascrizioni la detta sentenza. Il creditore istante deve all'uopo provvedersi di un certificato dell'ufficio ipotecario che faccia prova delle iscrizioni esistenti; ne desume l'elenco delle notificazioni da eseguire, che consegna all'usciere, depositando poscia il certificato presso il cancelliere affinchè possa in qualunque momento essere controllata la regolarità del suo operato. Le notificazioni del bando si fanno ai creditori nei domicilii da essi eletti in ciascuna iscrizione, od in difetto di elezione, presso l'uffizio delle ipoteche. Le iscrizioni che furono domandate dopo l'annotamento della sentenza di spropriazione, non dànno diritto a ricevere la notificazione del bando, alla quale supplisce la sua inserzione nel foglio degli annunzi legali, di cui appresso diciamo.

Con lo stesso processo verbale l'usciere deve attestare di avere affisse altrettante copie del bando: 1° alla porta

esterna della sede del tribunale che autorizzò la vendita; 2° a quella della casa comunale del capoluogo della giurisdizione di detto tribunale; 3° a quelle delle case comunali dei capoluoghi dei mandamenti dove sono situati i beni da vendersi e dove risiede il debitore; 4° alle porte delle case e fabbriche da vendersi. Ed inoltre di averne depositato un esemplare nella cancelleria del tribunale per esservi affisso nella sala pubblica d'aspetto; ed un altro nella segreteria del comune in cui sono situati i beni.

Un estratto del bando, a cura del cancelliere o del procuratore della parte procedente, deve essere inserito nel foglio degli annunzi legali della provincia (1) per due volte.

È rimesso alla prudenza del tribunale di ordinare pubblicazioni, affissioni ed inserzioni del bando anche in altri luoghi oltre quelli ordinariamente prescritti.

Essendo poi necessario un certo spazio di tempo perchè lo scopo della pubblicità si raggiunga e perchè si ottengano pure gli altri effetti del bando, a patto per altro di non dilazionare di soverchio il giudizio, è stabilito che tra l'ordinanza presidenziale e il giorno dell'incanto passino non meno di quaranta e non più di novanta giorni; e che tutte le formalità delle inserzioni, notificazioni, affissioni del bando, dei depositi e delle pubblicazioni debbano essere completamente ultimate trenta giorni prima dell'incanto. Se la vendita, dopo tali formalità, venga *ritardata da qualche incidente sopravvenuto,* non occorre di rinnovare le notificazioni, ma soltanto i depositi, le affissioni, pubblicazioni ed inserzioni del bando, indicando la nuova udienza destinata; e ciò almeno otto giorni prima della medesima.

Le regole ora dette si leggono negli articoli 666 n. 3, 668, 669, 670 e 671 del codice e nell'articolo 235 del regolamento generale giudiziario.

---

(1) Il foglio degli annunzi legali, che si pubblica a cura delle prefetture, in ciascun capoluogo di provincia, a norma della legge 30 giugno 1876, n. 3195, fu già altra volta menzionato (vol. I, n. 222). Le pubblicazioni sono soggette ad una speciale tariffa, salvo il caso di ammissione al gratuito patrocinio. Colla pubblicazione della citata legge rimase abrogato il testo dell'art. 64 del codice di procedura e modificato quello dell'articolo 66.

Una grave lacuna della legge è per nostro avviso l'avere omesso di provvedere che si notifichi il bando anche al direttario nel caso che sia posto in vendita l'utile dominio di beni enfiteutici. La legge sulla riscossione delle imposte dirette, nell'articolo 67 capoverso, lo prescrive relativamente alle espropriazioni di immobili da essa contemplate.

784. Quali sono gli *incidenti* dai quali può essere *ritardato l'incanto*, menzionati nell'art. 671?

A nostro avviso la parola *incidenti* deve essere qui intesa nel suo più largo senso, col significato di qualunque avvenimento o circostanza che abbia determinato il differimento dell'incanto, sia per accordo delle parti, o sia per disposizione del tribunale, o sia per effetto di vere controversie incidentali dell'ultima ora. Tali controversie sono dalla legge classificate in quattro categorie: quella delle *eccezioni di nullità;* quella delle domande per *modificazione delle condizioni di vendita;* quella delle *istanze in separazione;* quella generica delle *altre domande incidentali.* Le *eccezioni di nullità* non possono riferirsi se non alla forma degli atti *posteriori alla sentenza d'autorizzazione a vendita;* e le altre *domande incidentali* indicate per ultime, non possono mai consistere in opposizioni relative *al titolo* pel quale si procede. Imperocchè sopra gli atti anteriori alla sentenza pronunzia essa stessa ed il fatto che la vendita viene autorizzata significa riconoscimento della regolarità degli atti precorsi. Il debitore potrà bene appellare dalla sentenza, ma se non lo faccia gli è vietato rievocare questioni da essa decise per necessità, almeno implicitamente. Così, sovra il titolo pel quale si procede, la sentenza di autorizzazione a vendita col suo passaggio in cosa giudicata opera una irrevocabile convalidazione: e soltanto l'ipotesi di opposizione di terzo da parte di creditori a motivo di collusione (articolo 512) potrebbe rinnovare dispute attinenti al merito. Le eccezioni di nullità potranno dunque riguardare qualsivoglia atto compiuto dal momento dalla notificazione della sentenza sino all'adempimento delle formalità tutte che integrano la notificazione e la pubblicazione del bando. Le domande incidentali non potranno riferirsi *al merito* se non dipendano da fatti *successivi alla pronunzia della sentenza.* Così, a cagion

d'esempio, se il debitore avesse soddisfatta la sua obbligazione, certamente avrebbe diritto di opporsi alla pubblicazione del bando ed alla effettuazione dell'incanto. Così, in altro ordine d'idee, potrebbero nascere controversie incidentali sopra istanze per surrogazione ovvero anche sopra la domanda di un secondo creditore precettante perchè la esecuzione in corso sia estesa alla maggiore quantità di beni colpiti del suo precetto, e via discorrendo.

785. Le eccezioni di nullità al pari delle altre domande incidentali devono essere proposte almeno *quindici giorni* prima dell'udienza stabilita per l'incanto, mediante citazione a comparire all'udienza nel termine fisso di giorni *cinque*. È manifesta l'opportunità di non permettere che siano simili domande proposte all'ultima ora; la violazione del termine di quindici giorni importerebbe decadenza, per espressa dichiarazione di legge. La citazione, se proposta dal debitore, è *notificata* al procuratore del creditore istante (*citandosi* però quest'ultimo); se è proposta da altro interessato, è notificata inoltre al procuratore del debitore, ovvero, mancando il procuratore, a lui direttamente, mediante affissione alla porta esterna della sede del tribunale. A garantire per quanto è possibile la celere risoluzione della controversia, è prescritto che il tribunale pronunzi nella stessa udienza in cui ha luogo la discussione. Se la citazione non è regolarmente notificata nei modi predetti, la eccezione o la domanda rendonsi inammissibili, anche in grado d'appello (art. 695, 701).

Accolta l'eccezione di nullità, il procedimento deve essere riassunto dall'ultimo atto valido, e i termini per gli atti ulteriori decorrono, a norma dei casi, *dalla notificazione della sentenza* pronunziata sulla nullità. Così l'articolo 696. Più esattamente vuolsi ritenere che i termini decorreranno dalla *notificazione*, se la sentenza sia provvisoriamente esecutiva, o sia proferita in grado d'appello; altrimenti, dal giorno del suo passaggio in giudicato o della dichiarazione d'acquiescenza.

Nel caso di rigetto delle eccezioni di nullità, la sentenza è inappellabile (art. 702, n. 3) e non occorre nemmeno notificarla. La vendita ha luogo adunque senz'altro nel giorno

stabilito, se sia possibile (articolo 697), ovvero in quello che verrà nuovamente destinato. In questo ultimo caso occorre la rinnovazione del bando a mente dell'articolo 671.

786. Le domande *per modificazioni od aggiunte alle condizioni di vendita* (delle quali si occupa l'art. 698) non sono proponibili nello stadio processuale che ora consideriamo, dal debitore, che avrebbe potuto presentare le sue istanze in argomento durante il giudizio di autorizzazione a vendita; laonde contro di lui (come in confronto del creditore istante), le condizioni stesse sono irrevocabilmente fissate dalla sentenza di spropriazione. La legge contempla nel testo citato soltanto quelle che siano proposte da qualche altro legittimo interessato, quasi in via d'opposizione di terzo, contro la detta sentenza. Per esse pure sono da osservare le regole di procedura ed i termini segnati nel numero precedente; coll'avvertimento che se il tribunale ammetta variazioni od aggiunte alle condizioni di vendita, può *ordinarne la pubblicazione nel modo che creda più conveniente*, vale a dire, senza che sia indispensabile la rinnovazione del bando.

787. Di maggior importanza sono certamente le domande di terzi per far separare dai beni posti in vendita la proprietà, l'usufrutto, una servitù, od altro diritto reale loro spettante. Possono tali domande essere proposte, nelle ordinarie forme dell'intervento, prima della sentenza di autorizzazione a vendita. Possono altresì essere proposte più tardi; in tale ipotesi la legge dispone che siano citati il creditore istante e il debitore con notificazione ai rispettivi procuratori; prescrive inoltre che l'udienza per la quale è fatta la citazione sia anteriore a quella stabilita per la vendita. Se il debitore non ha costituito procuratore, la citazione gli è notificata personalmente. Non sono date maggiori disposizioni per garantire la celerità del giudizio, essendo palese che questa va proporzionata alla gravità delle controversie sollevate (art. 699). Manca però un provvedimento che sarebbe stato opportunissimo e di cui porgeva esempio l'art. 647 (v. n. 752): quello cioè di deferire al presidente la facoltà di sospendere l'incanto sovra istanza del terzo, quando non sia possibile la citazione per un'udienza anteriore a quella della vendita o quando in codesta udienza la controversia

non si possa discutere. La legge non dice neppure chiaramente se la citazione fatta nei modi prescritti dall'art. 699 abbia effetto di far sospendere l'incanto, ma è da accogliere l'opinione affermativa, avvalorata dalla considerazione che per gli istituti di credito fondiario la legge speciale del 1896 (art. 18) nega l'effetto sospensivo se non sia espressamente ordinato dal tribunale. Che se la citazione sia fatta per udienza posteriore e l'incanto abbia ormai avuto luogo, il diritto riconosciuto a chi agisce in separazione potrà essere fatto valere sul prezzo, nel giudizio di graduazione, senza che possa influire sugli effetti dell'avvenuta delibera. Il che desumiamo per analogia dalla disposizione dell'art. 648 (vedi n. 753), quantunque in argomento di tanta importanza sia deplorevole il difetto di una disposizione di legge precisa e concreta (v. n. 797).

Notisi però che se la domanda di separazione riguarda soltanto una parte dei beni, si procede alla vendita degli altri, salvo che il tribunale ordini di soprassedervi (art. 700). Questa disposizione conferma nell'idea che l'istanza regolarmente proposta consegue, secondo la mente del legislatore, effetto sospensivo.

788. Esaurito così l'esame delle regole che concernono il procedimento anteriore all'incanto, vediamo quelle che governano codesto estremo atto della espropriazione.

Chiunque può offrire all'incanto: s'intende, chiunque ha capacità di obbligarsi; — e lo può di persona od a mezzo di mandatario speciale munito di procura a quest'oggetto, che devesi depositare in cancelleria prima dell'udienza. I procuratori legalmente esercenti davanti il tribunale sono i soli ammessi ad offrire all'incanto per persona *da nominare*, ossia in virtù di mandato segreto (art. 672). Tale disposizione tende allo scopo eminente di tutelare la moralità pubblica, presentando gli incanti degli immobili facile e propizio terreno allo svolgersi di frodi ed intrighi che il legislatore deve con ogni studio prevenire.

È ancora per ragioni morali principalmente che si esclude l'espropriato dall'offrire all'incanto, salvo che sia erede beneficiario (art. 673) o terzo possessore (art. 706); e tutte le ora dette discipline sono da osservare a pena di nullità (art. 707).

Un'altra importante ed analoga limitazione alla libertà di adire agli incanti è recata dalle regole proibitive contenute negli art. 1457 e 1458 del codice civile (1).

Ciascun oblatore all'incanto assume l'obbligo di comprare lo stabile per il prezzo che offre; quindi deve dare garanzia di questa sua obbligazione. Per conseguenza, poichè le spese dell'acquisto stanno a carico del compratore (art. 1455 cod. civ.), qualunque offerente è tenuto ad aver depositato nella cancelleria od all'uffizio della cassa postale, la somma indicata nel bando come importare approssimativo delle spese dell'incanto della sentenza, della relativa trascrizione e della tassa di registro (v. art. 684). Deve inoltre aver depositato in simili modi, a titolo di cauzione del puntuale pagamento del prezzo, in danaro od in rendite sul debito pubblico dello stato, il decimo della somma su cui si apre la vendita dei

---

(1) Eccone il testo:

Art. 1457. Non possono essere compratori, nemmeno all'asta pubblica, sotto pena di nullità del contratto, nè direttamente, nè per interposte persone:

il genitore, dei beni dei figli soggetti alla sua podestà;

i tutori, i protutori e i curatori, dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela, o cura;

i procuratori, dei beni che sono incaricati di vendere *(questa disposizione non si applica al procuratore del creditore che procede alla espropriazione, giacchè qui la legge contempla il procuratore che riceve mandato dal proprietario);*

gli amministratori dei beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura, salvo che per particolari circostanze, nell'atto che permette la vendita, siano autorizzati a concorrere agli incanti;

i pubblici uffiziali, dei beni che si vendono sotto la loro autorità, o mediante il loro intervento.

Art. 1458. I giudici, gli uffiziali del pubblico ministero, i cancellieri, gli uscieri, gli avvocati, i procuratori o patrocinatori ed i notai non possono essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza della corte, del tribunale o della pretura di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese.

Rimane eccettuato dalle disposizioni precedenti il caso in cui si tratti di azioni ereditarie fra coeredi, o di cessioni in soddisfazione di crediti, o per difesa di beni posseduti.

Inoltre gli avvocati e procuratori non possono, nè per loro, nè per interposta persona, stabilire coi loro clienti alcun patto, nè fare coi medesimi contratto alcuno di vendita, donazione, permuta od altro simile, sulle cose comprese nelle cause alle quali prestano il loro patrocinio, sotto pena di nullità, dei danni e delle spese.

beni, o, se essi siano divisi in più lotti, di quelli pei quali intende di offrire. Da codesto secondo deposito il presidente del tribunale può concedere dispensa, tenendo conto delle guarentigie che ravvisi inerenti alle qualità personali dell'oblatore. Ma dal deposito per le spese nessuno può essere dispensato, nemmeno per effetto di ammissione al patrocinio gratuito. Il cancelliere è responsabile in solido coll'oblatore che sia stato ammesso all'incanto senza l'adempimento di quanto sopra (cit. art. 672); per conseguenza può opporsi alla dispensa dal deposito per le spese, fatta illegalmente a favore di qualche oblatore. Dopo l'incanto gli offerenti che non ottennero la delibera ritirano i loro depositi integralmente. Il compratore non può ritirare il deposito del decimo se non col consenso di tutti i creditori comparsi nel giudizio di graduazione, ovvero giustificando di avere pagato il prezzo e soddisfatto a tutte le condizioni della vendita (art. 677). Del che riparleremo più oltre (v. n. 822). Quanto al deposito per le spese, provvede il cancelliere ad erogarlo nella misura necessaria, dandone poi resoconto all'acquirente e restituendogli il sopravanzo.

789. La procedura per l'incanto è governata da norme che hanno per esclusivo scopo di promuovere la libera concorrenza degli oblatori e che ben poco diversificano da quelle accolte nelle altre legislazioni (1).

Aperta l'udienza, il cancelliere, sopra istanza del creditore, legge il bando. Indi a mezzo dell'usciere e in seguito alla prima offerta (fatta preventivamente dal creditore, o ricevuta all'udienza) si accendono una dopo l'altra piccole candele che durino un minuto circa ciascuna; così è aperta la gara. Le offerte si susseguono a piacimento degli oblatori; e quando dopo un'offerta siano state accese e siansi estinte l'una dietro l'altra tre candele senza che abbia avuto luogo offerta maggiore, si ha quella per definitiva e viene dichiarato compratore colui che la fece. Nel caso che l'incanto sia stato aperto sul prezzo offerto da un creditore in ragione del sessantuplo del tributo diretto e niuna oblazione mag-

(1) A garantire la libertà degli incanti mirano eziandio le disposizioni dell'art. 299 del codice penale.

giore venga fatta all'udienza, il creditore stesso è dichiarato deliberatario. Ogni concorrente però è prosciolto dalla obbligazione derivante dalla sua offerta, quando questa sia stata da altra superata, anche nella ipotesi che la maggiore subisca poi annullamento. È altresì stabilito che se la gara si protrae in modo da non poter essere compiuta nel tempo dell'udienza, debba venire continuata nel primo giorno seguente non festivo, anche se non destinato in via ordinaria all'udienza (art. 674, 675).

Delle operazioni dell'incanto il cancelliere tiene processo verbale, che forma poi parte integrale della sentenza di deliberamento. Questa sentenza, oltre che del detto processo verbale, si compone: 1° della dichiarazione, fatta dal tribunale, di chi resta compratore; 2° dell'ordine al debitore od al sequestratario di rilasciare il possesso dei beni a favore dello stesso compratore, ovvero, se sia stato venduto il dominio diretto di beni enfiteutici, dell'ordine all'enfiteuta di riconoscere per concedente il compratore e di pagare a lui le annue prestazioni. Al debitore ed all'enfiteuta la sentenza devesi notificare per copia; al sequestratario basta notificarne un estratto contenente l'ordine di rilascio (art. 685).

790. Ma s'egli è certo il più delle volte che si avrà un acquirente quando l'incanto viene aperto sopra l'offerta del sessantuplo del tributo diretto (1), è invece più frequente il caso che manchino gli oblatori allorchè lo si apre sovra il prezzo di stima. Simile previsione, fondata sulla esperienza anteriore al codice, persuase il legislatore a dettare un acconcio provvedimento affinchè il processo esecutivo possa tuttavia raggiungere il suo fine. Essendosi voluto bandire completamente il sistema dell'aggiudicazione in natura degli immobili (che forse, in limiti ben misurati, offriva non ispregevoli vantaggi), diventò necessario di stabilire che l'incanto si abbia a ritentare in base ad un prezzo inferiore alla stima. Il capoverso dell'articolo 675 dispone

(1) Diciamo che se ne ha certezza *il più delle volte,* poichè possono verificarsi casi e circostanze in cui riesca praticamente molto difficile di rendere efficace a carico del creditore procedente la obbligatorietà dell'offerta fatta avanti l'incanto, se altri oblatori non si presentino ed egli non abbia fatto il deposito per il decimo e per le spese.

all'uopo che il tribunale, se non siano state fatte offerte all'incanto, ordina che questo si rinnovi in altra udienza, ribassando il prezzo *di un decimo almeno;* e così successivamente finchè si ottengano offerte (1).

La sentenza che ordina il ribasso destina pure la nuova udienza in cui si debbe esperire l'incanto. Essa terrà conto delle circostanze e delle deduzioni tutte che potranno venir esposte sia dal creditore istante che dal debitore, per ordinare il ribasso di quel numero di decimi che sembri più opportuno, giovando naturalmente a ciascuna delle parti che la procedura subisca soltanto le dilazioni affatto indispensabili. Nulla dispone la legge in particolare circa la pubblicità che deve precedere il nuovo incanto quando si ordina il ribasso. Se è ragionevole ritenere che i creditori ipotecari non abbiano da ricevere ulteriore notificazione del bando, è altrettando indiscutibile la necessità di rendere notorio il ribasso del prezzo insieme colla indicazione del giorno dell'asta. Quindi si deve reputare applicabile la disposizione dell'art. 671, di cui fu fatto cenno in fine del n. 783.

791. Non può sfuggire agli studiosi, giunti a questo punto, una grave considerazione: l'incanto può essere aperto sul prezzo offerto dal creditore, che secondo il criterio della legge rappresenta sei decimi del valore commerciale dell'immobile; può essere aperto anche su un prezzo di gran lunga inferiore, se dal prezzo di stima vengano ribassati più di quattro decimi; ed in entrambi i casi la delibera è possibile allo stesso prezzo d'apertura d'incanto, od almeno per somma di pochissimo superiore. In simile eventualità non può a meno di apparire rovinosa la vendita giudiziale e pel debitore e per i suoi creditori: specie nel caso di ribasso sulla stima, in cui si ha quasi la certezza assoluta che l'immobile vale molto più del prezzo per cui fu venduto, onde l'espropriazione è un disastro comune per i creditori e pel debitore.

(1) La medesima regola si applica nel caso di mancanza d'oblatori ad un incanto promosso da un istituto di credito fondiario, giusta la disposizione dell'art. 13 della legge 4 giugno 1896. Dopo il terzo esperimento l'art. 20 della stessa legge abilita l'istituto a chiedere al tribunale, in camera di consiglio, citati il debitore ed i creditori iscritti, l'autorizzazione a vendere i beni a trattative private, per un prezzo non inferiore a quello che servì di base all'ultima gara bandita.

Per riparare al serio inconveniente da questa considerazione additato, nel modo almeno in cui una riparazione è possibile, parecchie legislazioni ricorsero allo espediente di conferire alla prima delibera giudiziale il carattere della provvisorietà, ammettendo dopo di essa nuove proposte di aumento dentro un breve termine stabilito, da parte di tardivi oblatori. Il nostro codice ha seguìto esso pure questa via. La delibera provvisoria è recata a pubblica notizia mediante la inserzione, che deve eseguire il cancelliere, dentro sette giorni dalla vendita ed *a pena di nullità* (1), nel foglio degli annunzi legali e negli altri giornali in cui fosse stato pubblicato il bando, di una *nota* contenente la designazione dei beni venduti, la data della vendita, il nome e il cognome del compratore, il prezzo dell'acquisto e il giorno in cui scade il termine per poter fare offerte a questo superiori. Tale termine è stabilito nella misura di *quindici giorni* decorrenti da quello della vendita; e le offerte in aumento di prezzo possono farsi da chiunque, alle seguenti condizioni: 1° che la somma d'aumento non sia inferiore al *sesto* del prezzo della prima delibera; 2° che siano effettuati prima della dichiarazione d'aumento i depositi menzionati nel precedente n. 788; il *decimo* del prezzo da depositare sarà da calcolare in relazione alla cifra complessiva dell'offerta risultante dall'aumento; 3° che la dichiarazione sia fatta mediante processo verbale ricevuto dal cancelliere del tribunale coll'intervento della parte in persona o di un suo procuratore speciale e colla costituzione contemporanea di un procuratore alle liti (2). Quantunque la legge non lo dica espressamente,

---

(1) La *nullità* colpisce la vendita; essa è comminata dall'art. 707. Il cancelliere è poi responsabile verso chi di ragione per la sua negligenza.

(2) La costituzione del procuratore non può essere fatta se non col deposito in cancelleria del mandato alle liti; la legge chiarisce con questa disposizione che la dichiarazione dell'aumento di sesto dev'essere ricevuta *in cancelleria* e non altrove. Vi ha chi pensa che basti *indicare* il procuratore nel verbale d'aumento; ma questa interpretazione non è seria. La *costituzione del procuratore* presuppone il rilascio e la presentazione di un mandato; e poichè colui che effettua l'aumento assume l'ufficio *di attore* nella nuova fase della espropriazione, la necessità che costituisca il procuratore è in perfetta armonia col sistema generale della legge circa la rappresentanza obbligatoria nei giudizi civili innanzi ai tribunali.

pure non v'è motivo per escludere che l'*aumento del sesto* possa essere fatto da un procuratore esercente presso il tribunale, *per persona da dichiarare* (v. n. 788), nel termine di tre giorni successivi alla delibera, trattandosi di un'offerta sostanzialmente analoga a quelle che si ricevono all'udienza d'incanto, sebbene formalmente diversa sotto più aspetti (1). Siccome poi può avvenire che nel termine assegnato si presentino parecchi aumenti e superino anche il limite minimo del sesto, così è disposto che si preferisca l'aumento maggiore od in caso di aumenti uguali quello che fu fatto prima (art. 679, 680).

792. Trascorsi i quindici giorni e purchè sia stato effettuato aumento di sesto, il presidente del tribunale, nei tre giorni successivi, stabilisce d'uffizio l'udienza per il nuovo incanto dentro un termine non minore di trenta, nè maggiore di cinquanta giorni. Il cancelliere forma quindi, a richiesta del rincarante, un nuovo bando, che oltre il contenuto del primo deve indicare ancora il prezzo portato dalla sentenza di vendita, la somma offerta col verbale dell'aumento e le date rispettive dei due atti. La notificazione di questo bando viene fatta a richiesta del nuovo oblatore al creditore istante, al debitore ed al primo deliberatario; esso deve inoltre essere pubblicato, affisso, depositato ed inserito nelle forme ordinarie; e tutto ciò almeno venti giorni prima di quello destinato per l'asta (art. 681).

Il nuovo incanto si effettua alla maniera stessa indicata nel n. 789. La vendita che ha luogo in seguito ad esso è detta dalla legge *definitiva* (art. 682). Diventa invece e con uguale effetto definitiva la delibera provvisoria se trascorrono i quindici giorni senza che abbia avuto luogo aumento di sesto.

Può accadere che il rincarante trascuri di promuovere la formazione del bando o la sua notificazione, sicchè divenga impossibile di osservare i termini stabiliti dall'art. 681 e

(1) Questo è un punto vivamente controverso. Nel senso qui esposto vedasi cass. Roma, 18 giugno 1896, *Giur. it.*, 1896, I, 1, 524, seguita da altre più recenti; e in senso contrario cass. Napoli, 13 agosto 1894, riportata ivi in nota, la quale, sebbene vigorosamente motivata, sembra però piuttosto idonea a giustificare la critica della legge che a dimostrare l'esattezza dell'interpretazione propugnata.

precedentemente indicati. Ad ovviare gli effetti di simile negligenza venne conferita la facoltà al debitore, al compratore, al creditore istante ed a qualunque dei creditori iscritti, di sostituirsi al rincarante nell'eseguimento delle pratiche a lui demandate, purchè propongano la domanda per ulteriore destinazione del nuovo incanto entro *quaranta giorni* da quello in cui fu fatto l'aumento. Trascorso siffatto termine senza che alcuna istanza sia presentata, l'aumento proposto si ha come non avvenuto e la delibera provvisoria diventa definitiva. In questo caso il rincarante è punito coll'obbligo che gli fa la legge di pagare, ad istanza degli interessati, una indennità equivalente al vigesimo del prezzo dell'anteriore delibera; questa somma viene aggiunta al prezzo medesimo e distribuita nel giudizio di graduazione (art. 683). Vale la pena di osservare che tutte queste complicatissime disposizioni sono rese necessarie da ciò che il legislatore non ritenne di prescrivere che i depositi degli oblatori o dei rincaranti siano da eseguirsi in via preventiva come condizione indeclinabile per la validità delle offerte, ma si limitò ad accordare ai terzi la garanzia problematica della corresponsabilità del cancelliere, pel caso che vengano omessi (v. n. 788). Era molto più semplice stabilire che nessuna offerta, neppure a titolo d'aumento di sesto, è valida se non preceduta dai depositi e che il rincarante perde quelli sborsati se non promuova regolarmente il nuovo incanto.

793. La sentenza di *delibera definitiva* si sostituisce pertanto a quella di *delibera provvisoria* in tutti i casi in cui abbia avuto luogo valido aumento del sesto. Nei casi invece in cui l'aumento non sia stato fatto, o siasi reso inefficace per le circostanze indicate nel numero precedente, la sentenza di delibera provvisoria acquista forza di definitiva per virtù di un certificato in fine di essa rilasciato dal cancelliere che comprova non essere seguìto od essere divenuto inefficace l'aumento del sesto. Dal che risulta come la delibera provvisoria trasmetta la proprietà nell'acquirente sotto il vincolo di una condizione risolutiva, verificandosi la quale essa si ha per non avvenuta e conseguentemente il compratore è liberato da ogni specie di obbligazione connessa col fatto dell'acquisto o dal medesimo dipendente.

A lui devono perciò essere restituiti integralmente il deposito del decimo e quello per le spese; le somme che fossero già state su quest'ultimo prelevate sono reintegrate dal deliberatario definitivo (art. 682, primo capoverso).

Il sistema così delineato non è privo d'inconvenienti; fra gli altri quello di dar luogo a due sentenze, mentre pur sarebbe possibile disciplinare la procedura in modo da bastarne una sola; notiamo inoltre che la misura di aumento prescritta perchè si possa far luogo al nuovo esperimento di incanto riesce troppo forte, specialmente per gli immobili di rilevante valore, onde spesso si rende illusoria la guarentigia che la legge ha voluto stabilire.

794. Dopo la delibera definitiva il cancelliere è obbligato a far trascrivere la sentenza di vendita entro dieci giorni, sotto pena di una multa estensibile a lire mille, oltre il risarcimento dei danni (capoverso ultimo dell'art. 685). Egli è pure obbligato a far iscrivere nello stesso termine e sotto le identiche comminatorie, a carico ed a spese del compratore, l'ipoteca legale sopra i beni venduti, a garanzia del prezzo ed a favore della massa dei creditori non che del debitore al quale eventualmente potrebbe devolversi la somma che ecceda l'importare dei debiti (art. 2089 cod. civ.).

795. Qualora la aggiudicazione sia stata ottenuta da un procuratore esercente *per persona da dichiarare*, la manifestazione del nome del mandante dev'essere fatta in termine brevissimo. La legge infatti ha voluto concedere che negli acquisti d'immobili ai pubblici incanti possa farsi uso del *mandato occulto*, talvolta reso opportuno e plausibile da speciali circostanze d'indole privata e d'ordine morale; ma essa intende però, e ben a ragione, che il mandato esista veramente, senza di che le offerte per persona da dichiarare potrebbero agevolmente tramutarsi in istrumento di turpi speculazioni. Onde, se da un lato prescrisse che il mandato occulto si presenti garantito dal carattere ufficiale di un procuratore esercente, dall'altro impose che nei tre giorni successivi alla vendita il procuratore deliberatario sia tenuto a dichiarare, mediante processo verbale ricevuto dal cancelliere, se ha fatto l'acquisto per conto di altra persona indicandola nominativamente. Siccome però la dichiarazione

del procuratore da sola non è sufficiente ad obbligare il terzo da lui designato, così necessita che nello stesso termine e nel medesimo od in separato processo verbale il terzo comparso in persona accetti la dichiarazione, ovvero che il procuratore nell'atto in cui la emette presenti un mandato speciale del terzo, di data *anteriore all'incanto* (art. 678).

A completare le nozioni relative alle formalità del deliberamento giudiziale, ricordiamo che l'acquirente è obbligato a dichiarare, ovvero ad eleggere, nell'udienza stessa dell'incanto, la residenza od il domicilio nella città in cui ha sede il tribunale, per ricevere quivi tutte le notificazioni che possono occorrere in seguito; in difetto di che, le medesime vengono fatte nella cancelleria del tribunale (v. art. 676 e capoverso ultimo art. 678).

796. Importa ora di precisare quali sono gli effetti della vendita giudiziale definitiva. In relazione ai principii generali che svolgemmo sul principio di questo terzo libro e segnatamente al n. 695, si deve ritenere che la sentenza di vendita rappresenta il contratto di alienazione dell'immobile consentito dal magistrato in luogo e vece del venditore e accettato direttamente dal compratore. Per conseguenza essa non può avere nè produrre altra efficacia sopra il diritto che si trasmette dall'espropriato al deliberatario che non sia identica a quella derivabile da un ordinario contratto di compra-vendita. È ciò che dichiara l'articolo 686 colla seguente regola: « La vendita all'incanto trasferisce nel compratore *soltanto i diritti che appartenevano sui beni immobili al debitore* ». La conseguenza pratica più grave di questo principio è che il deliberatario giudiziale soggiace ad evizione come un qualunque acquirente per contratto; se una simile eventualità è dolorosa, non rappresenta meno una conseguenza affatto legittima ed indeclinabile del principio su cui si fonda il procedimento esecutivo. D'altronde niuno è obbligato ad acquistare ai pubblici incanti; nè sono precluse le vie ad usare altrettanta diligenza nelle ricerche preventive sulla proprietà dello stabile, quanta ve ne può porre chi acquista per trattative private. Anzi la larghezza dei termini assegnati dalla legge, se non fosse encomiabile per altro titolo, lo è sotto questo aspetto.

Il sistema dell'antica pratica francese e ginevrina mantenuto in vigore dal codice di Ginevra del 1819 (art. 624 modificato dalla legge 16 settembre 1844), secondo il quale la delibera giudiziale *purga la proprietà dello stabile,* non può essere a nostro avviso approvato (1). Col nome di *purgazione della proprietà* viene significata l'estinzione di tutti i diritti reali di terzi, compreso il diritto di proprietà, che non siano stati esercitati anteriormente alla delibera. Questo sistema ha il merito di fare più tranquilla la condizione dei deliberatari e quindi favorisce il maggiore concorso di oblatori agli incanti. Ma è indiscutibile che esso sanziona una ingiustizia grave (2); imperocchè se per regola generale di diritto le azioni possono essere esercitate sino a che non si estinguano per effetto della prescrizione e se questa regola vale per le azioni reali anche in confronto ai terzi possessori, non è motivo sufficiente per farne derogare la circostanza che il titolo d'acquisto del terzo è una sentenza piuttosto che un istromento notarile.

797. Dobbiamo poi soggiungere due considerazioni per le quali sono oggidì assai minori (per non dire insignificanti) gli inconvenienti del sistema accolto nella nostra legge, e così in generale nelle legislazioni estere, di quelli che potevano preoccupare anticamente i giuristi. La prima è desunta dall'esatto e rigoroso ordinamento che hanno l'istituto della trascrizione e quelli analoghi d'altri codici, per cui sono molto più rari i casi d'azioni evizionali, mentre poi è altrettanto difficile che l'esistenza del giudizio esecutivo passi ignorata da colui che ha diritti reali da rivendicare sull'immobile. La seconda si connette all'accenno già espresso al n. 787. Noi riteniamo che l'esercizio dei diritti reali che si avevano sopra l'immobile possa, a piacimento dell'interessato, effettuarsi sopra il loro prezzo, dopo la

(1) Attualmente per tutta la Svizzera i procedimenti di esecuzione forzata prendono norma dalla legge federale del giorno 11 aprile 1889, che non accolse il sistema ginevrino.

(2) Il Bellot (*Commentaire,* tit. XXXI, sez. XVII, § 1), quantunque difendesse vigorosamente il sistema da lui fatto accogliere nella legge ginevrina, riconosceva che si può accusarlo d'*ingiustizia*, e non trovava migliore difesa dell'osservare che vi ha però uguale difetto anche nell'altro sistema; il che non ci sembra esatto.

vendita e sino a che il medesimo non sia dal deliberatario stato pagato. Lo scopo della spropriazione quello essendo appunto di procurare la surrogazione del prezzo alla cosa, qui, più e meglio che altrove, si rende applicabile la regola che il prezzo rappresenta la cosa. Nè dicasi che il prezzo è devoluto ai creditori i quali hanno fatto vendere la cosa appunto per conseguirlo. I creditori non possono professare sopra la cosa venduta e quindi sovra il suo prezzo diritti maggiori di quelli che vi avrebbe il loro debitore; non si possono pagare con danaro *che a lui non appartiene;* e pertanto se prima del pagamento da parte del deliberatario insorgesse un terzo il quale, giustificando il titolo di legittimo proprietario dell'immobile, chiedesse l'assegnamento a sè del prezzo medesimo, rinunziando all'azione vindicatoria, il valore delle iscrizioni ipotecarie e degli altri diritti dei creditori dell'espropriato verrebbe a trovarsi nell'identica situazione in cui sarebbe stato se l'immobile avesse sofferta evizione mentre era ancora in proprietà del loro debitore.

Che se il terzo rivendicante pretendesse l'immobile, ed il prezzo non ne fosse peranco stato pagato, il deliberatario avrebbe pieno diritto di essere dispensato dal pagamento. Peggiore invece sarebbe la sua posizione dopo pagato il prezzo; perchè, mentre dovrebbe subire l'evizione, non gli rimarrebbe azione di regresso se non contro il debitore espropriato; e basta enunciare questo, per aver detto che si tratterà di azione d'un risultato oltremodo problematico. Dai creditori invero egli non potrebbe ripetere le somme che hanno riscosse, le quali furono pagate loro perchè legittimamente considerate *come danaro del loro debitore*, al tempo del pagamento; ed è quindi il solo debitore che rimane obbligato per garantìa verso il deliberatario (1).

798. Un altro punto assai interessante, relativo agli effetti della delibera giudiziale, concerne i rapporti fra l'acquirente ed i conduttori degli stabili venduti. Già abbiamo avvertito che dopo la trascrizione del precetto è inibito

(1) In senso conforme, cassaz. Roma, 6 giugno 1892, *Giur. it.*, 1892, I, 1, 553.

all'espropriato stipulare locazioni (vedi num. 767); ma a rendere efficace codesto divieto era indispensabile di prevenire il pericolo che ad un contratto di locazione fosse data apparenza di anteriorità alla trascrizione del precetto, per salvarlo dalla sanzione della legge. La ragione precipua per cui si è nutrita cotanta preoccupazione rispetto ai contratti di affitto sta nella possibilità che essi vengano conclusi in modo da recare grave detrimento al valore ed alla utilità attuale dell'immobile per guisa da diminuire il concorso degli oblatori all'incanto. Un debitore ormai oberato potrebbe locare l'immobile di cui prevede prossima l'espropriazione a persona di sua famiglia per bassissimo prezzo e per lunga durata di anni; potrebbe concludere in fretta e furia una locazione, sia pure a buoni patti, riscotendo parecchie annualità dell'affitto in anticipazione. Tutto ciò nuoce naturalmente all'esito del giudizio di spropriazione scemando la facile alienabilità o il valore dello stabile. La cosa doveva dunque a tutta ragione impensierire il legislatore, il quale la considerò attentamente e sotto più di un aspetto. Da un primo punto di vista, per assicurare, come dicemmo, l'efficacia del divieto contenuto nell'art. 2085 del codice civile, stabilì che le locazioni le quali non abbiano *data certa anteriore alla notificazione del precetto* (non basta quindi che sia anteriore alla *trascrizione*) sono *ipso jure* inefficaci (art. 687). In altre parole, solo che il compratore intenda farle cessare, esse perdono il loro vigore, salvo il compimento del periodo consuetudinario da osservare per la licenza. È facile intendere che il conduttore può essere vittima inconsapevole della mala fede del debitore. Giova quindi interpretare la legge con qualche rigore; e poichè un precetto può cadere in perenzione o diventare inefficace, o essere abbandonato, pur avendosi in seguito la espropriazione in virtù di altro precetto posteriore, è da ritenere che la comminatoria d'invalidità stabilita dalla legge colpisca *le sole locazioni fatte dopo la notificazione del precetto in base al quale fu consumata l'espropriazione.*

799. Quando poi la locazione abbia *data certa anteriore alla notificazione del precetto*, essa è efficace anche in confronto al nuovo proprietario in conformità delle regole

comuni di diritto (art. 1597 codice civile); e quindi, poichè la condizione del deliberatario è identica a quella di un compratore contrattuale, egli può licenziare i conduttori rispetto ai quali l'antecedente proprietario si fosse, nei patti di locazione, riservato il diritto di scioglimento in caso di vendita (art. 1599, 1600 codice civile e citato art. 687 codice di procedura). Ma il principio generale ora esposto soggiace ad una gravissima restrizione, in omaggio appunto alle considerazioni svolte in precedenza. La efficacia delle locazioni aventi data non sospetta è subordinata alla condizione che esse non siano *fatte in frode*. Con queste parole, non accompagnate da alcuna clausola restrittiva (capov. primo cit. art. 687), dinota il legislatore di contemplare tanto la frode che fosse commessa in pregiudizio dei creditori come quella che per avventura fosse stata ordita a danno del futuro deliberatario. Quali e quanti siano i casi di frode è impossibile specificarlo; però molto opportunamente la legge ha dichiarato che vi ha una circostanza la quale *fa presumere* la frode, quella cioè di stipulazione d'un correspettivo eccessivamente infimo. Secondo il testo citato, quando il fitto sia inferiore *di un terzo* a quello risultante da perizia o da locazioni precedenti, *la frode si presume*, nè sembra ammissibile in tal caso alcuna prova contraria; laonde la locazione, se pure di data regolare, è inefficace.

L'azione per far rescindere le locazioni, in ciascuno dei casi in cui ciò è ammesso dall'art. 687, appartiene, prima della vendita, ai creditori iscritti ed al creditore procedente; dopo la vendita, al deliberatario. È quasi superfluo di far rimarcare la sensibile differenza fra l'ipotesi di un contratto con data sospetta e quella di un contratto regolare. Nella prima l'istanza per rescissione non abbisogna d'altre prove oltre quella che scaturisce dalla visione pura e semplice del contratto se è scritto, o dalla mancanza o tardività della registrazione se verbale; nella seconda chi chiede la rescissione deve *provare* la frode deducendo i fatti da cui si può desumerla e somministrando di questi le convenienti dimostrazioni.

Le regole che detta l'art. 687 e che abbiamo esaminate, furono tolte dall'art. 547 del vecchio codice ginevrino, con

questa sola differenza che il nostro legislatore ha riconosciuto molto giustamente anche nel deliberatario il diritto di far annullare o rescindere le locazioni per le quali ve ne sia titolo, mentre il ginevrino limitava tale facoltà ai creditori.

800. Un'altra disposizione contiene l'ultimo capoverso dell'art. 687 che completa la disciplina di questa materia e che fu pure suggerita da una analoga del codice di Ginevra (art. 626). Una locazione può essere stata stipulata in tempo non sospetto; ma il locatore può avere riscosso (o simulato di riscuotere) all'atto stesso del contratto, o posteriormente, una certa quantità di fitti o di pigioni anticipate e conseguito così un intento analogo a quello di una locazione fraudolenta. Contro siffatta eventualità stabiliva il legislatore di Ginevra: « Les payements des loyers ou fermages, effectués par anticipation, ne pourront être opposés à l'adjudicataire, sinon pour le terme courant d'après la loi ou l'usage ». E similmente il nostro: « Il pagamento dei fitti e dei canoni anticipati non si può opporre al compratore, salvo che sia stato fatto in conformità della consuetudine locale ». È noto infatti che una delle forme in cui il conduttore suol prestare cauzione al proprietario è quella di pagare anticipatamente le annualità o semestralità della pigione, ovvero di depositare nelle di lui mani l'importo di una o più rate di fitto, le quali si computano poi a discarico del conduttore nel corrispondente periodo finale della locazione. Codesti usi, la cui osservanza costituisce d'altronde una guarentigia di sincerità del contratto di locazione, dovevano essere rispettati dal legislatore. Pertanto se è negli usi locali l'anticipazione di un'annualità d'affitto o di pigione, il deliberatario dovrà sopportarne le conseguenze, rimanendo privo per un anno dei redditi dello stabile; che se, essendo ammessa dalla consuetudine l'anticipazione di una annualità, il conduttore ne avesse pagate due o più innanzi la scadenza, sarebbe egli esposto a dover rinnovare al deliberatario nei dovuti termini il pagamento di quanto eccedette la misura consueta d'anticipazione. E notisi che da tale conseguenza non sarebbe preservato il conduttore se l'atto di liberazione dei fitti pagati anticipatamente fosse stato trascritto a sensi dell'art. 1932, n. 7, del codice civile.

Poichè la trascrizione non ha altro effetto se non quello della pubblicità: e se vale in confronto ad un acquirente contrattuale non ha alcun valore rispetto ad un deliberatario giudiziale, essendo affatto distinta la finalità dell'ultimo capoverso dell'art. 687 del codice di procedura da quella della disposizione del codice civile ora citata. Sarebbe d'altronde assurdo che una anticipazione, suppongasi, di *cinque annualità*, fosse interamente valida in confronto al deliberatario *perchè trascritta,* quantunque contraria alla consuetudine, e non lo fosse invece se non parzialmente una anticipazione di *due annualità* per la quale non è richiesta trascrizione.

801. L'aggiudicazione ha per oggetto l'immobile espropriato ed i suoi accessori. Come questi si determinino, non lo dichiara la legge, ma è ragionevole ammettere che il diritto del deliberatario si estende ai frutti naturali che sono ancora pendenti nel giorno della sentenza di vendita; quanto ai frutti civili (fitti o pigioni), ci sembra di dovere ritenere che le rate non ancora scadute spettino per intiero al deliberatario, quantunque una parte del periodo a cui si riferiscono sia anteriore alla delibera. E ciò per la categorica considerazione che la vendita giudiziale va parificata a quella contrattuale quando la legge non disponga altrimenti. In quest'ultima l'attribuzione delle rate di corrispettivo in corso al compratore ha sempre luogo salvo che siavi espresso patto contrario fra le parti, giacchè il loro silenzio fa presumere che abbiano contemplato questo elemento nella determinazione del corrispettivo. E potrà esservi patto contrario anche nella vendita giudiziale, qualora venga formalmente espresso nelle *condizioni* che devonsi approvare colla sentenza di autorizzazione a vendita.

Havvi chi ritiene applicabile al punto qui esaminato la regola stabilita nell'articolo 481 del codice civile rispetto all'usufruttuario pel quale i frutti civili si intendono acquistati *giorno per giorno.* Basti osservare in contrario che per invocare questa disposizione non soccorre nè simiglianza di caso nè analogia di materia (art. 3 *Disposizioni preliminari al codice civile*), mentre è invece strettissima l'analogia fra la vendita giudiziale e quella contrattuale.

802. Rispetto ai frutti naturali già separati prima della vendita ed a quelli civili scaduti anteriormente ad essa, sappiamo come siano vincolati dal dì della trascrizione del precetto a giudiziale sequestro. Se si tratta di frutti naturali, l'articolo 688 dispone che essi si vendono secondo le regole ordinarie per l'incanto dei beni mobili ed il loro prezzo è depositato poi nella cassa dei depositi e prestiti (od in quella postale) per venire distribuito insieme a quello dello stabile nel giudizio di graduazione. Se si tratta di frutti civili, saranno depositati direttamente alla stessa guisa e per lo stesso scopo. La vendita sarà autorizzata dal pretore competente; potrà promuoverla tanto il creditore procedente come il sequestratario.

È opportuno di far notare come l'effetto della trascrizione del precetto sopra i frutti sia tale da impedire sopra di essi il pignoramento da parte di creditori procedenti per la via della esecuzione mobiliare. Giacchè trovandosi ormai sottratti alla disponibilità del debitore per la destinazione specifica che loro assegna il citato articolo 688, non possono essere altrimenti erogati.

803. Fra i diritti del compratore va compreso pure l'acquisto della proprietà degli immobili per destinazione addetti alla casa o al fondo espropriato; giacchè anche a questi si estendono gli effetti della trascrizione del precetto e quindi della delibera. Tali immobili per destinazione sono tutti quelli contemplati negli art. 413 e 414 cod. civile.

Inoltre, mediante la delibera, il compratore acquista il diritto essenzialissimo di entrare nel possesso dell'immobile espropriato. Del modo però con cui se ne ottiene il rilascio in via forzosa parliamo nel titolo sesto (capo terzo), essendo applicabili al caso le discipline ivi esposte.

Ora è a dire dei doveri e delle relative sanzioni. Sono doveri del deliberatario il pagamento del prezzo e l'adempimento di ogni altra condizione della vendita enunciata nel bando. Quanto all'adempimento delle condizioni particolari non occorre trattarne analiticamente. Rispetto al pagamento del prezzo è materia che forma argomento del capo seguente, poichè in via normale esso si effettua dopo o durante il giudizio di graduazione. La sanzione degli

obblighi predetti sta principalmente nella *rivendita* e di essa ci occupiamo nel capo quarto di questo titolo.

804. Per completare lo studio della istanza di spropriazione aggiungiamo brevi cenni sulle regole speciali della procedura stabilita per le espropriazioni fiscali.

Le forme preliminari sono le medesime indicate al n. 748. Non v'è notificazione di titolo esecutivo e tiene luogo di precetto l'ingiunzione di pagamento di cui all'art. 31 della legge già citata (testo unico). L'esecuzione sui beni immobili non può aver luogo peraltro se non dopo riuscita insufficiente quella sui mobili esistenti nel comune nel quale la imposta è dovuta ed in quello dove il debitore ha nello stato il domicilio o la principale residenza. Il procedimento si deve intraprendere anzitutto sovra gli immobili posti nel comune dove l'imposta è dovuta, e solo sussidiariamente sopra quelli esistenti in altro comune. Per la riscossione dell'imposta dell'anno in corso e del precedente, l'esattore ha diritto di procedere sull'immobile pel quale essa è dovuta, anche quando la proprietà o il possesso siano passati in persona diversa da quella inscritta nel ruolo, tanto prima che dopo la pubblicazione del medesimo (art. 43 legge cit.).

Trascorso il termine dall'ingiunzione ed esaurita senza sufficiente risultato l'esecuzione sui mobili, l'esattore redige l'avviso per la vendita degli immobili, contenente le indicazioni relative alla persona del debitore, ai beni da vendere, al prezzo dell'apertura dell'asta ed ai giorni dell'incanto. Questo avviso si trascrive ed ottiene effetti identici a quelli di un precetto trascritto (art. 45 e 49 legge citata); viene notificato al debitore, ai creditori ipotecari, inserito ed affisso analogamente al bando (articoli 46, 47 e 48 legge citata). L'incanto ha luogo nella pretura alla cui giurisdizione sono sottoposti i beni; lo presiede il pretore assistito dal cancelliere; le offerte non possono essere inferiori al sessantuplo del tributo diretto se si vende la piena proprietà dell'immobile od alle altre misure indicate sopra al n. 777 negli altri casi ivi specificati. Si tiene processo verbale il quale chiudesi coll'aggiudicazione fatta dal pretore al migliore offerente. Se non ottengansi offerte nella misura prescritta, si esperisce un secondo incanto col ribasso di un terzo sul

prezzo d'apertura del primo; e questo pure riuscendo infruttuoso, si fa luogo ad un terzo esperimento con riduzione di due terzi sul prezzo del secondo incanto (1). Quando ancora manchino offerenti, i beni espropriati si devolvono di diritto al demanio dello stato per l'importare del credito che dà luogo al procedimento. L'esattore non può mai essere offerente. Il deliberatario deve sborsare l'intiero prezzo entro giorni tre e dietro il pagamento acquista la proprietà, od a meglio dire, subentra nei diritti che appartenevano all'espropriato. Quando però il prezzo della vendita sia inferiore a quello d'apertura del primo incanto, ovvero siasi fatto luogo a devoluzione al demanio, può essere effettuato il riscatto dei beni nel termine di tre mesi, da parte del debitore o di qualunque creditore ipotecario, e nel caso di devoluzione anche da parte dei creditori chirografari che abbiano titoli di data certa ed abbiano fatta opposizione sul prezzo della vendita. Il riscatto operato da un creditore lo surroga, per la somma sborsata, nel privilegio dello stato sull'immobile (articoli 50, 51, 52, 53, 54, 57 citata legge).

Dal prezzo ricavato dalla vendita, se gli immobili sono posti nel comune dove dovevasi l'imposta fondiaria, si detrae la somma dovuta all'esattore ed il resto si deposita nella cassa postale per essere distribuito fra i creditori ipotecari ed i chirografari che abbiano fatta opposizione sul prezzo, mediante giudizio di graduazione da aprirsi ad istanza di qualunque degli interessati innanzi al tribunale. Se non vi sono creditori, è senz'altro rilasciata al debitore l'eccedenza del prezzo dopo soddisfatto l'esattore. Se poi l'esecuzione è fatta per imposta diversa dalla fondiaria, ovvero su immobili posti fuori del comune, l'intera somma ricavata dall'asta viene depositata e l'esattore promuove egli stesso il giudizio di graduazione (art. 55 e 56 citata legge). Per l'apertura di tale giudizio è da ritenere che si debba presentare ricorso al presidente del tribunale nel cui circondario erano posti i beni, affinchè dichiarando aperto il giudizio deleghi un giudice per l'istruzione. Il decreto sarà notificato a tutti gli interessati.

(1) Però occorre a questo terzo incanto il permesso dell'intendente di finanza; in difetto del quale l'imposta è considerata inesigibile e l'esattore ha diritto al relativo rimborso.

CAPO III.

Giudizio di graduazione.

805. Abbiamo già indicato (n. 780) come sia indispensabile, in conformità alle regole del sistema ipotecario, di operare sul prezzo di vendita degli immobili un *giudizio di graduazione.* Lo scopo della espropriazione forzata è quello di ricavare dalla vendita dei beni del debitore il danaro necessario per il soddisfacimento dei creditori concorrenti al giudizio. Sovra il prezzo degli immobili concorrono *ipso jure* i creditori ipotecari per il diritto che hanno acquisito in virtù delle loro iscrizioni; ciò spiega perchè la legge non esiga da loro l'iniziativa di fare atto d'opposizione sul prezzo per ritenerli partecipi alla sua distribuzione, ma anzi imponga di invitarli alla medesima mediante la notificazione del bando. Ciò non esclude però la necessità che i creditori rispondano all'invito, presentando i loro titoli di credito e difendendoli contro ogni eventuale attacco; perchè l'esistenza dell'iscrizione ipotecaria non è prova assoluta e certa di un credito attuale corrispondente. Indi la conseguenza che i creditori ipotecari i quali non prendono parte al giudizio di graduazione devono subire la pena della propria inazione decadendo dall'ipoteca sopra i beni venduti, come vedremo essere stabilito formalmente nell'art. 716.

806. Il giudizio di graduazione va considerato distintamente per quel che concerne i diritti dei creditori e del deliberatario. È formola generalmente accolta che la delibera giudiziale ha per effetto *di purgare l'immobile venduto dalle ipoteche.* Il concetto qui enunciato corrisponde appieno ai principii scientifici. Il deliberatario compra lo stabile per il prezzo pel quale gli viene aggiudicato; questo prezzo è destinato ai creditori in ragione dei loro diritti di priorità; ma in ciò il deliberatario non ha alcun interesse. Egli ha comprato e deve pagare; il magistrato, come prima si è surrogato al debitore nel consentire l'alienazione, deve poi a lui surrogarsi nel disporre del prezzo versato dal deliberatario, il quale collo sborso che ne faccia dovrebbe acqui-

stare il diritto di conseguire la libertà dell'immobile dagli oneri ipotecari. Quindi il pagamento del prezzo dovrebbe essere effettuato senza dilazione e la somma depositata in custodia giudiziale, per essere ritirata dai creditori nelle quote loro assegnate in seguito alla graduazione, a cui il deliberatario rimarrebbe estraneo. Questo è il sistema preferito da varie leggi moderne (1), e senza dubbio merita approvazione. Non è infatti accettabile l'idea che il deliberatario subentri al debitore nelle obbligazioni sue verso i creditori, sia pure nei limiti del prezzo. Ciò potrà convenirsi in una vendita contrattuale; ma in quella giudiziale si deve porre a disposizione del giudice una somma di danaro, riservando a lui di regolare i diritti dei creditori sopra la medesima; questa è disposta dal giudice come proprietà e patrimonio del debitore e come surrogato della cosa venduta. Onde la più esatta applicazione dei principî teorici si avrebbe appunto nella separazione assoluta fra l'obbligo del deliberatario di pagare il prezzo ed i provvedimenti relativi alla sua distribuzione.

807. Il nostro legislatore, sull'esempio francese, subordina il pagamento da parte del deliberatario, per regola, ai risultati del giudizio di graduazione; obbliga, cioè, il compratore a sborsare il prezzo ai singoli creditori in conformità alla distribuzione fatta in questo giudizio.

Oltre il difetto che presenta dal punto di vista razionale, questo sistema ha una singolare incongruenza. Nel mentre che la vendita è fatta allo scopo di convertire in danaro i beni del debitore, qui avviene che il diritto di proprietà passa al deliberatario senza che si ottenga subito tale intento, ma bensì avendosi in corrispettivo *la di lui obbligazione di pagare il prezzo.* Il legislatore austriaco, per evitare questa anomalìa, era ricorso ad un temperamento: la delibera all'asta non trasferiva la proprietà, ma solamente un precario

---

(1) L'art. 136 della legge svizzera prescrive il pagamento a contanti o dietro concessione di un termine non maggiore di sei mesi. La legge germanica 24 marzo 1897 ha disposizioni complicate; ma ammette che la vendita possa essere ordinata con o senza termini di pagamento, a criterio del magistrato e a seconda delle domande proposte dagli interessati. Per la legislazione austriaca vedi la nota che segue.

possesso; la *aggiudicazione in proprietà* veniva pronunziata solo dopo che l'acquirente avesse sborsato l'intero prezzo in conformità al giudizio di graduazione ed alle condizioni di vendita, ovvero avesse prestata idonea cauzione, od infine avesse convenuto in altra guisa sui modi e termini di pagamento cogli interessati, riportando il loro assenso alla detta aggiudicazione (§ 439) (1). Questa soluzione piacque al legislatore sardo del 1854 che nell'art. 819 del suo codice sottopose il perfezionamento del diritto del deliberatario, ossia la *irrevocabilità del suo dominio*, alla condizione del pagamento del prezzo. Ma per poco che si rifletta è agevole riportare la convinzione che migliore di tutti è il sistema che separa nettamente la situazione giuridica del deliberatario da quella dei creditori nei loro rapporti interni e col comune debitore.

808. Premesse queste considerazioni generali, vediamo come è regolato dal codice il giudizio di graduazione.

La sua apertura è decretata nella sentenza di autorizzazione a vendita (v. n. 780), la quale contiene l'ordine ai

---

(1) Molto diverso dall'antecedente è il processo di espropriazione di immobili posto in vigore in Austria dal nuovo regolamento esecutivo del 27 maggio 1896. Non potendone qui esporre per disteso il meccanismo, in certe parti complicato e forse non destinato a buona prova, ci basti indicare che la delibera obbliga il compratore al pagamento di una quarta parte del prezzo entro giorni quattordici *dopo il passaggio in giudicato* della medesima; e il resto in due uguali rate, prima che siano compiuti due mesi dalla stessa decorrenza, salva facoltà al compratore di accordarsi con certe categorie di creditori per assumere direttamente il debito verso di essi e soddisfarli a termini convenuti. Mancando in qualche parte all'obbligo di tali pagamenti, il deliberatario è assoggettato al *reincanto*, che si fa a di lui rischio e pericolo, escludendolo dal diritto di percepire la somma che si ottenesse dalla nuova delibera in aumento a quella per cui egli era obbligato. Dal giorno *della dichiarazione* di delibera passa nel compratore *il pericolo dello stabile subastato*, e gliene appartengono le entrate e i frutti, mentre gli spetta l'onere delle imposte, quello degli interessi sui crediti che ha assunti a proprio carico, e ogni altro peso congiunto alla proprietà che per la sua natura non sia stato estinto mercè l'aggiudicazione. Egli non può tuttavia ottenere la iscrizione tavolare del suo diritto di proprietà, nè agire in via di esecuzione forzata per la consegna dei beni acquistati, se non dopo che abbia adempiute *tutte* le condizioni d'incanto (§§ 152, 154, 155, 156 cit. reg.).

In pendenza di tale adempimento l'immobile può essere sottoposto, a istanza di creditori, o dello stesso deliberatario, ad una amministrazione interinale, l'incarico della quale può essere affidato pure al deliberatario quando non vi siano gravi ragioni in contrario (§§ 158, 159).

creditori iscritti di presentare le loro domande accompagnate dai documenti giustificativi. In realtà però esso si inizia con la notificazione del bando, la quale porta a loro conoscenza l'apertura del giudizio e li costituisce in mora all'esercizio dei rispettivi diritti con assegnazione d'analogo termine (v. nn. 781, 782). A norma di quanto è indicato nell'art. 668, i creditori iscritti, nei trenta giorni successivi alla notificazione del bando devono presentare al cancelliere, per mezzo di procuratore, le rispettive domande di collocazione *motivate*, unendovi tutti i documenti necessari a giustificare sia la causa e la sussistenza del credito, sia la liquidità e l'ammontare di esso, sia il grado di poziorità che gli compete (1). Ciascun creditore, come il debitore,

---

(1) Per gli istituti di credito fondiario vigono anche in questa materia disposizioni eccezionali.

a) Per l'art. 23, lettera *f*, della legge 22 febbraio 1885 è stabilito quanto appresso:

« Il compratore degli immobili, nei venti giorni dalla vendita definitiva dovrà pagare all'istituto, senza attendere il proseguimento della graduazione, quella parte del prezzo che corrisponde al credito dello istituto in capitale, accessori e spese. In difetto di che vi sarà astretto con tutti i mezzi consentiti dalla legge e colla rivendita degli immobili aggiudicatigli, a sue spese e rischio, salvo l'obbligo all'istituto stesso di restituire a chi di ragione quel tanto, coi rispettivi interessi, per cui in conseguenza della graduazione non risultasse utilmente collocato.

« Il pagamento della parte del prezzo di cui sopra dovrà eseguirsi parimenti dall'aggiudicatario nei venti giorni dall'aggiudicazione, anche se da altri creditori sia stato promosso il giudizio, senza bisogno che tale obbligo sia incluso nelle condizioni della vendita ».

In ordine a questa disposizione prevalse nella giurisprudenza la massima che l'istituto di credito fondiario il quale ottenne il pagamento del suo credito dal compratore dell' immobile, non abbia obbligo di presentare la domanda di collocazione nel giudizio di graduazione, nel quale la sua collocazione deve essere eseguita d'uffizio, affinchè possano relativamente ad essa aver luogo quelle contestazioni che gli interessati credano di poter sollevare, e l' importo del credito ammesso sia poi calcolato nella liquidazione di cui si parlerà appresso (n. 820).

b) Nel caso che abbia luogo la vendita a trattativa privata, secondo fu esposto precedentemente (v. nota al num. 790, pag. 277), è stabilito nell'art. 20, secondo capoverso, della legge 4 giugno 1896, che « il prezzo della vendita è versato all'istituto, il quale preleverà l'importo del suo credito in conformità all'art. 23, lettera *f*, della legge 22 febbraio 1885, tenendo in deposito la somma residuale agli effetti del giudizio di graduazione ».

Anche in questo caso, per parità di circostanze, deve ritenersi applicabile l'anzidetta risoluzione a proposito della non necessità di una domanda di collocazione pel credito dell'istituto.

ha diritto in questo termine e sino alla trascrizione della sentenza di vendita di esaminare in cancelleria le domande di collocazione degli altri interessati (art. 709). Alla stessa guisa dei creditori, iscritti, devono agire anche i privilegiati, quantunque la legge non lo esprima. Di tutte le domande presentate il cancelliere forma un volume, nel quale si comprendono inoltre i certificati delle ipoteche presentati dal creditore procedente ed un estratto della sentenza di delibera insieme al certificato della sua trascrizione ed a quello della iscrizione dell'ipoteca legale; vi si aggiungono in seguito gli ulteriori atti del giudizio di graduazione (art. 236 regolamento giudiziario).

809. Nei cinque giorni dalla trascrizione della sentenza di delibera, il cancelliere trasmette il predetto volume al giudice che è stato delegato od indicato nella sentenza di autorizzazione a vendita (articolo 710). Nei tribunali dove occorre di compiere annualmente molti giudizi di graduazione, viene fatta al principio di ciascun anno, con decreto reale, la delegazione di uno o più giudici per spedire questa parte del servizio; le sentenze d'autorizzazione a vendita contengono allora semplicemente la *indicazione* del giudice delegato. Negli altri tribunali le sentenze stesse recano la *delegazione* del giudice per ogni singolo giudizio che viene aperto. In ogni caso però, il giudice assente od impedito viene surrogato mediante semplice decreto presidenziale (articolo 708).

È da notare che fu pensiero del nostro legislatore, come attesta la relazione del guardasigilli, di rendere il giudizio di graduazione parallelo e concomitante all'istanza di spropriazione. Ma l'intento non si è raggiunto, una volta che le disposizioni ora ricordate, ed in specie quella dell'art. 710, pongono in chiaro che, meno gli atti preparatorii, la vera e propria istruzione del giudizio dovrà essere inevitabilmente posteriore al deliberamento.

810. Importante e non facile è il còmpito del giudice delegato. Egli deve redigere lo *stato di collocazione* nel termine di quaranta giorni dalla consegna degli atti, termine che è semplicemente comminatorio (art. 711). Lo stato di collocazione è un progetto di ripartizione del prezzo fra i

creditori in ragione dei loro diritti di priorità. Il giudice è quindi tenuto ad esaminare con ogni cura ed attenzione lo stato delle ipoteche, le singole domande di collocazione ed i documenti annessi alle medesime. Egli ha d'uopo di ricercare: 1° se i crediti siano giustificati per la intera somma di cui è domandata la collocazione, o se lo siano parzialmente, ovvero se non lo siano punto; ed accorderà ai medesimi collocazione solo in quanto gli risultino giustificati; 2° se sussistano a favore di ciascun credito rispettivamente i titoli di prelazione, per privilegi od ipoteche, allegati dai creditori; 3° in quale relazione si trovino fra loro i vari titoli di poziorità, e quindi quale sia il grado da assegnarsi a ciascun credito. Chi non è digiuno delle nozioni del diritto civile relative alla materia a cui alludiamo, ben comprende come possa uno stato di collocazione offrire largo campo ad indagini giuridiche assai gravi ed a serie disputazioni. Non dovendo noi entrare in particolari, basterà accennare che il giudice delegato per adempiere il suo ufficio deve dividere le collocazioni in quattro classi: la prima, quella dei *crediti privilegiati;* la seconda, quella dei *crediti ipotecari;* la terza, quella dei *crediti chirografari* (1); la quarta, riserbata all'assegnazione al debitore *della somma sopravanzante al pagamento dei creditori comparsi.* Nelle due prime classi ciascun credito deve avere *un grado di collocazione* conforme al suo diritto di priorità. Quindi i crediti privilegiati saranno collocati in un medesimo grado od in più gradi successivi, secondo la preferenza accordata dalla legge alla qualità del privilegio (art. 1953, 1954 codice civile); i crediti ipotecari in tanti gradi successivi quanti essi sono, a norma della data e del numero d'ordine delle rispettive iscrizioni; e quelli le cui iscrizioni hanno lo stesso numero d'ordine verranno posti nello stesso grado (art. 2007, 2008 cod. cit.). Se il prezzo non sia sufficiente all'integrale pagamento di due o più crediti privilegiati od ipotecari collocati nel

---

(1) I creditori chirografari possono presentare le loro domande nei giudizi di graduazione, per concorrere in via di contributo sulla parte che residua del prezzo dopo il pagamento dei privilegiati e degli ipotecari. Le domande loro devono uniformarsi alle norme esposte nel n. 808, in quanto risultano applicabili.

medesimo grado, questi concorrono fra loro in proporzione dei singoli importi (art. 1954 e 2009 codice citato). I crediti chirografari debitamente giustificati sono poi collocati in un medesimo grado; ed ove il prezzo non basti per effettuarne l'integrale e complessivo pagamento, si distribuirà fra loro per contributo la somma disponibile.

811. A carico di qualunque creditore, che ottiene collocazione, può aver luogo una subgraduazione. Ciò si verifica quando i creditori di colui che ha ottenuta la collocazione intervengono nel giudizio per chiedere che sia devoluta loro, in soddisfacimento dei proprii crediti e sino a concorrenza relativa, la somma collocata. È una forma eccezionale di pignoramento di somme presso terzi e di assegno, a cui offre opportunità di rapida e semplice procedura l'ingerenza già acquisita dell'autorità giudiziaria a disporre della somma collocata. Il codice nell'articolo 715 ammette qualunque creditore di un creditore ad operare questa specie di pignoramento, senza richiedere che sia munito di titolo esecutivo. Bisognerà però che il credito pel quale si domanda la subgraduazione sia liquido o liquidabile e sia esigibile; poichè se non lo fosse il creditore avrebbe soltanto podestà di ottenere, se e come del caso, un sequestro conservativo presso il deliberatario della somma dovuta al proprio debitore, non già il diritto di surrogarsi a costui per la riscossione.

A prevenire il caso che il creditore interessato in un giudizio di graduazione astenendosi dallo intervenirvi defraudi i proprii creditori, il citato art. 715 li ammette a chiedere direttamente essi medesimi la collocazione spettante al loro debitore; ciò che d'altronde è stabilito dall'art. 1234 del codice civile.

La subgraduazione dei creditori di un creditore si farà in proporzione dei rispettivi crediti, ossia in un unico grado, salvo che taluno abbia ragioni speciali di privilegio, come sarebbe un pegno convenzionale sul credito, ecc.

812. Lo stato di collocazione deve aver riguardo a tutte le domande depositate in cancelleria *prima della sua formazione*. Con ciò veniamo a significare che non essendo termini perentorii nè quello per la presentazione delle domande nei trenta giorni successivi alla notificazione del

bando, nè quello assegnato al cancelliere per la consegna degli atti al giudice delegato, nè infine quello in cui il giudice deve compilare lo stato, le domande di collocazione possono venir prodotte molto al di là del limite di tempo assegnato dalla legge. Ma non basta. Lo stato di collocazione è un semplice progetto di distribuzione del prezzo; perciò le domande di collocazione possono venir presentate anche dopo il medesimo, come spieghiamo al n. 816.

813. Formato lo stato di collocazione, i creditori comparsi, il debitore ed il compratore sono convocati innanzi il giudice delegato in giorno ch'egli all'uopo destina (capoverso art. 711) per proporre le loro osservazioni ed istanze intorno al medesimo. Della convocazione è dato avviso agli interessati per cura del cancelliere; essi hanno diritto di ispezionare lo stato di collocazione, averne copia, proporre preventivamente domande di variazione, presentare nuovi documenti per mezzo della cancelleria (art. 712); l'importanza dell'avviso è dunque manifesta e l'omissione del medesimo produce nullità degli atti successivi trattandosi di un elemento essenziale del giudizio. Nel giorno della convocazione, e nelle udienze successive che occorrano, il giudice delegato ascolta le parti nelle loro osservazioni, eccezioni ed istanze, delle quali si fa processo verbale. Se le opposizioni o controversie non si possono eliminare, il giudice determina da ultimo le questioni che sono da dibattere e (tanto se vi siano come se non vi siano questioni) stabilisce l'udienza avanti il collegio nella quale la causa di graduazione dovrà venire discussa (art. 713).

814. L'uffizio del giudice delegato è meramente di *istruire;* la potestà di *deliberare* appartiene al collegio. Perciò in ogni caso, ed anco quando lo stato di collocazione fosse accettato da tutti gli interessati, occorre di sottoporlo alla omologazione del tribunale, al quale scopo si fa luogo alla preindicata destinazione d'udienza. E da ciò consegue che il tribunale nella sentenza di omologazione può ordinare varianti allo stato di collocazione anche se nessun interessato ne proponga. Il giudice ha agito *per delegazione* del collegio, il quale perciò, nel ratificare l'opera del suo delegato, ha il diritto di rivederla ed emendarla dove gliene apparisca il bisogno.

815. Nell'udienza destinata per la omologazione, il giudice delegato, o quello che per di lui impedimento gli sia stato sostituito, riferisce al tribunale sopra la formazione dello stato di collocazione e sulle questioni che furono proposte. Indi sono udite le parti nelle loro conclusioni che vengono dedotte con comparsa conclusionale e discusse nelle forme del rito sommario. Non è interdetto di presentare nuove questioni all'udienza; ma se risulti che queste potevansi proporre innanzi il giudice delegato, la parte sopporta le maggiori spese cagionate dalla sua negligenza (articolo 716, capoverso primo).

816. Quanto alle nuove domande di collocazione, che abbiamo detto potersi presentare dopo formato lo stato di collocazione, la legge stabilisce il limite estremo per la presentazione tardiva nel momento in cui comincia la relazione della causa all'udienza; dopo il qual momento tali domande non sono ammesse, nè in grado di appello, nè nel caso che pronunziando il tribunale una sentenza interlocutoria qualsiasi, la causa ritornasse a nuova udienza pei provvedimenti definitivi, salvo che ciò avvenisse per effetto dell'annullamento di atti anteriori, inclusa la discussione all'udienza, nel qual caso la relazione si considererebbe come non avvenuta. Tale decadenza però non ha luogo qualora il bando non sia stato notificato al creditore che vi aveva diritto, o la notificazione sia nulla per non essere stata eseguita secondo le regole dell'art. 668. I creditori comparsi tardivamente devono notificare per semplice atto d'usciere le loro domande agli altri interessati dopo averle depositate in cancelleria (art. 237 regol. gen. giud.). Essi sono collocati secondo il rispettivo privilegio od ipoteca, ma soggiacciono alle spese tutte della domanda senza diritto a ripetizione (art. 714).

816 *bis*. Fu discusso se il creditore al quale fu notificato il bando e non propose la domanda di collocazione sia da considerare contumace, all'effetto di riconoscergli il diritto stabilito nell'articolo 386, di comparire, cioè, tardivamente, ed ottenere la riapertura del contradditorio. A rigore di logica si può osservare che se l'articolo 714 stabilisce un termine di *decadenza* e se il creditore che compare

dopo la udienza non può avere altro scopo se non di ottenere collocazione del suo credito, egli manca d'interesse a godere il beneficio della riapertura dei termini, quando non gli è dato riparare alla verificata decadenza. Ma se si ammette (come fu ammesso da qualche sentenza) che gli spetti il diritto di chiedere la riapertura della discussione, è logico allora osservare che l'art. 386 conferisce al contumace la facoltà di comparire allo scopo di *proporre le sue ragioni;* e concludere, quindi, che il creditore può allora presentare la sua domanda di collocazione, consistendo in ciò e non in altro, per lui, *il proporre le sue ragioni* nel giudizio di graduazione. Infatti la riapertura del contraddittorio ottenuta dal contumace produce l'effetto di considerare la udienza *come non avvenuta,* analogamente a quanto fu detto nel precedente numero per il caso di nullità degli atti.

817. La sentenza di omologazione, coll'approvare lo stato di graduazione, o col pronunziare le modificazioni che vi si richiedono, lo completa. Quindi essa, come prescrive l'art. 716, deve contenere la liquidazione delle spese generali del giudizio di graduazione (anticipate dal deliberatario oppure dal creditore istante), che vengono collocate avanti ogni altro credito privilegiato. Dichiara inoltre (rispetto al prezzo dei beni venduti) la *decadenza* di tutti i creditori non comparsi; ordina la spedizione delle *note di collocazione* ai creditori utilmente collocati e la *cancellazione delle iscrizioni* di quelli non collocati in grado utile o che non abbiano prodotti i loro titoli. Per cui si può dire che essa regola le obbligazioni del deliberatario rispetto al pagamento del prezzo *ed in confronto dei creditori a cui questo viene assegnato,* surrogando in loro favore il credito verso il deliberatario a quello verso l'espropriato.

818. È inutile che ripetiamo come tutto ciò non sia punto conforme ai più rigorosi dettami della teoria. Si può dire ben anco che il legislatore lo ha riconosciuto; poichè trovò conveniente di porre il compratore in condizione di liberarsi dal pagamento *senza attendere l'esito del giudizio di graduazione.* Al quale effetto l'art. 723 stabilisce che possa egli chiedere, ed il tribunale sopra relazione del giudice

delegato ordinare, che il prezzo sia pagato ai creditori privilegiati ed ipotecari *evidentemente anteriori e certi*. Questi però devono obbligarsi per atto ricevuto dal cancelliere, con cauzione o senza, secondo che determini il tribunale, a restituire ogni cosa a norma della sentenza definitiva sullo stato di graduazione, qualora da questa ne risulti la necessità. Il che non è semplice nè buono e conferma quindi le ragioni di critica al vigente sistema. Infatti, se la *evidenza* della *anteriorità* e della *certezza* d'un credito, non è tale da escludere il dubbio intorno alla sua sussistenza, od al grado che gli compete, perchè creare un rapporto nuovo e fecondo di disturbi e pericoli per gli interessati, piuttosto che autorizzare il deliberatario a far deposito giudiziale del prezzo?

Sempre nello stesso ordine di provvedimenti derogatorii alla regola generale è dichiarato inoltre nell'art. 724 che, allorquando il giudizio di graduazione sia protratto oltre un anno, il tribunale può, sulla istanza di qualunque interessato e citato il compratore, ordinare il pagamento del prezzo, o soltanto degli interessi scaduti, ai creditori evidentemente anteriori e certi, con le cautele sopraindicate oppure ordinarne il deposito giudiziale.

819. È un punto assai interessante da esaminare quello che riguarda la condizione dei creditori non comparsi. Si deve distinguere tra il caso di creditore non comparso per propria negligenza e quello di creditore che non fu notificato del bando. Nella prima ipotesi il creditore che non ha chiesta la collocazione in tempo utile decade dalla iscrizione ipotecaria sui beni venduti e quindi dal diritto di partecipare al loro prezzo col grado dalla medesima derivante; è codesta una necessità logica e non appare che vi sia bisogno di difenderla con dimostrazioni. Soltanto è da ammettere che se sopravanza una parte di prezzo dopo il pagamento dei crediti privilegiati ed ipotecari, il creditore non comparso prima della omologazione potrà esercitare le sue azioni anche posteriormente, col diritto di un semplice chirografario e in concorso con gli altri della medesima categoria, che abbiano preso parte al giudizio di graduazione; giacchè la sua decadenza riguarda l'ipoteca e non il credito. Egli inoltre conserva l'azione contro il debitore, come la conser-

vano tutti i creditori non collocati utilmente; e rimangono intatte le iscrizioni o cauzioni da lui ottenute sovra altri beni del debitore o di terzi, salvo quanto è disposto nello articolo 2087 del codice civile.

Ma pel creditore a cui non fu notificato il bando la cosa è diversa. Egli può proporre la sua domanda anche dopo cominciata la relazione all'udienza e lo può eziandio in giudizio d'appello contro la sentenza di omologazione. Ma se non si è valso, per qualunque motivo, di queste riparazioni implicitamente concedutegli dall'art. 714 (v. n. 816), quali altri diritti gli rimangono? È opinione autorevole che dovendosi il processo di graduazione considerare nei suoi riguardi *res inter alios judicata*, non possa averne nocumento, sicchè egli conservi intiera l'azione personale contro il debitore e quella ipotecaria contro il compratore dello stabile (1). Su di che facciamo una riserva. Se è vero che il giudizio compiuto a di lui insaputa ha per codesto creditore il carattere di *res inter alios*, non è meno vero, a parer nostro, che la graduazione dei creditori è *sempre* anche per il deliberatario *res inter alios*. Egli consegna il prezzo (almeno ideologicamente) all'autorità giudiziaria che ne dispone. Non può adunque a lui imporsi un aggravio che è conseguenza di fatti nei quali non ha responsabilità e nemmeno interesse. Bensì i creditori a cui profittò la omessa collocazione del non comparso sono tenuti a restituire quanto percepirono, onde non avvenga che siano arricchiti illecitamente con altrui danno; dalla quale conseguenza non li potrà salvare se non il pagamento che l'espropriato facesse direttamente al creditore poziore. Verso i creditori che così si trovino nella necessità di restituire le somme percette, subentra di nuovo l'obbligazione del debitore originario; nè si potrà dire peggiorata la loro condizione; giacchè se

(1) In questo senso si hanno parecchie decisioni. A salvaguardia del deliberatario ritiensi sufficiente ammettere l'azione per risarcimento di danni, in confronto del creditore procedente, obbligato per colpa, a senso degli articoli 1151 e 1152 codice civile (cass. Napoli, 8 marzo 1897, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 638). Fa eco invece ai concetti svolti qui sopra la corte di cassazione di Palermo in una bella sentenza 19 giugno 1897 (*Giur. it.*, 1897, I, 1, 908).

risultano non capienti, ciò dipende dalla rettifica di un errore e costituisce il ripristino della verità e del diritto. A ulteriore garanzia del creditore danneggiato dalla omessa notificazione del bando sta poi ancora, per nostro avviso, l'obbligazione di risarcimento che grava sopra il creditore procedente per la negligenza di cui è certo responsabile, a senso dell'art. 1152 del codice civile. Dopo la vendita, le azioni dei creditori non volgono più *sopra l'immobile,* ma sopra *il suo prezzo;* questo è il principio l'applicazione più corretta del quale, in relazione al punto qui in esame, ci sembra data dalla soluzione nostra (1). A corroborarla non è senza efficacia la formola assoluta ed imperativa del penultimo capoverso dell'articolo 716 il quale dispone che la sentenza d'omologazione pronunzia *la decadenza di tutti i creditori non comparsi.* Il legislatore che poco prima, nell'art. 714, ebbe presente l'ipotesi che ad un creditore non fosse stato notificato il bando, è impossibile che l'abbia dimenticata quando scrisse l'art. 716; eppure ivi parlò di *tutti i creditori* senza eccezione. E poichè la *decadenza* comminata riguarda le relazioni *fra i creditori non comparsi e il deliberatario,* si è autorizzati a concludere che il creditore non notificato del bando non conserva azione ipotecaria sull'immobile venduto, ma bensì ha diritto di agire contro i creditori posteriori indebitamente locupletati, contro il procedente pel danno arrecatogli, e contro il debitore come originario obbligato. Aggiungasi ancora l'argomento che si trae dall'art. 721 e che sviluppiamo al n. 821.

(1) È necessario aggiungere per la completa trattazione dell'argomento che la omissione può derivare dalla negligenza del procedente, ovvero altresì dalla colpa del conservatore delle ipoteche ove questi abbia omesso di menzionare nel suo certificato l'iscrizione. La di lui responsabilità è nettamente stabilita dall'art. 2067, n. 2, cod. civ., l'applicazione del quale non appartiene alle nostre ricerche. Dobbiamo però rammentare che la colpa del conservatore delle ipoteche non elimina quella del procedente, dappoichè nell'articolo 2068 dello stesso codice è dichiarato che nel caso di qualunque diversità fra i risultati dei registri ipotecari e quelli dei certificati, *si starà ai risultati dei registri,* ferma la *responsabilità del conservatore.* Potrà dunque aversi in questo caso una duplice obbligazione per risarcimento a favore del creditore (oltre l'azione, in ogni caso, verso i creditori posteriori e verso il debitore), a patto pur sempre che egli dimostri che il grado del suo credito, in relazione al prezzo di delibera, gli avrebbe conferita utile collocazione nel giudizio.

820. Dopo omologato lo stato di collocazione il deliberatario è tenuto al pagamento, in quanto non lo abbia eseguito in antecedenza. Ma è però necessaria una operazione di liquidazione dei crediti che ottennero utile grado per i capitali ed accessori, onde stabilire aritmeticamente in quale misura la somma del prezzo e degli interessi relativi sia capace al loro soddisfacimento.

Questa operazione è compiuta fra le parti mediante redazione di analogo calcolo, sottoscritto da tutti gli interessati o dai loro procuratori e depositato in cancelleria. In mancanza di accordo, la liquidazione si fa da un perito nominato d'uffizio dal giudice delegato, che ne riceve il giuramento. Essa viene depositata in cancelleria ed il cancelliere ne dà avviso agli interessati che volendola impugnare sono tenuti a proporre le loro istanze nel termine perentorio di cinque giorni e mediante citazione in via sommaria avanti il tribunale (1). Trascorso senza reclami l'indicato termine, o tosto dopo il deposito della liquidazione consensuale, il cancelliere spedisce ai creditori utilmente collocati le *note di collocazione,* ossiano estratti della liquidazione contenenti per ciascun creditore l'indicazione della somma dovutagli e l'ordine al deliberatario di farne pagamento (2). Tali note, approvate e sottoscritte dal giudice delegato e munite della formola esecutiva, sono titoli esecutivi contro il compratore il quale è tenuto a soddisfare il rispettivo importo nel termine di cinque giorni dalla notificazione che gliene venga fatta (art. 717, 718).

821. Spedite tutte le note di collocazione ed accertato così quali siano i creditori collocati in grado utile, il deliberatario ha diritto di ottenere la cancellazione delle iscrizioni dei creditori decaduti e di quelli non collocati in grado utile. A simile effetto egli deve citare tali creditori innanzi

---

(1) Per *interessati* alla liquidazione si intendono non solo i creditori che furono utilmente collocati, ma tutti quelli che parteciparono al giudizio di graduazione; e, oltre ad essi, il compratore dei beni e il debitore espropriato.

(2) Il termine di cinque giorni per reclamare contro l'atto di liquidazione si ritiene perentorio; ma è pure ammesso che si possa, al di là del termine medesimo, ottenere la rettifica di materiali errori di calcolo verificati nel conto di liquidazione.

il giudice delegato proponendo la domanda di cancellazione. La citazione è fatta alle parti nelle persone dei loro procuratori; i creditori non comparsi non sono citati; *salvo il caso che non sia loro stata eseguita la notificazione del bando a cui avessero diritto* (art. 720, 721). Questa disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo 721 conferma con valore decisivo la tesi spiegata poc'anzi al n. 819. Il deliberatario, cioè, ha *diritto* di ottenere la cancellazione di tutte le iscrizioni *dei creditori decaduti*, compreso fra questi colui che non ha ricevuto la notificazione del bando, purchè gli faccia notificare la relativa domanda. Ed in occasione di questa sorgerà abbastanza prontamente per tale creditore l'opportunità di far valere i suoi diritti, che tanto meglio potranno essere realizzati se il pagamento delle note di collocazione ai creditori comparsi ed utilmente graduati non sia peranco stato eseguito (1).

---

(1) Ad evitare malintesi, in un argomento nel quale è facile suscitarne, rammentisi che vi sono due categorie di creditori ai quali può verificarsi mancata la notificazione del bando:

1° creditori che presero le loro iscrizioni dopo l'annotamento della sentenza che autorizza la vendita in margine alla trascrizione del precetto (vedi num. 783);

2° creditori anteriori, omessi nel certificato ipotecario, o trascurati negligentemente dal creditore istante o dall'usciere.

Relativamente ai primi, è inutile avvertire che la mancata notificazione del bando è legittima e quindi è legittimo che la loro assenza dal giudizio di graduazione abbia tutti gli effetti di quella degli altri creditori a cui fu notificato il bando. La citazione di essi per la cancellazione dell'ipoteca è una semplice cautela o garanzia complementare, che poteva a tutto rigore essere omessa e che non ha altro fine razionale se non quello di rimuovere ogni dubbio circa la presunzione che costoro siano stati consapevoli del giudizio e circa la possibilità del loro controllo sulla regolarità del medesimo.

Relativamente ai secondi, la mancata notificazione del bando è vizio grave del giudizio, come già fu detto; e la loro citazione al momento della cancellazione delle ipoteche porterà appunto a galla questo vizio e provocherà lo sviluppo delle sue conseguenze. Però giova riflettere che, appunto per le anormalità da cui solitamente ha origine la mancanza di notificazione, il compratore potrebbe non trovarsi in grado di citare quel creditore, ignorando ancora la esistenza della di lui iscrizione. Infatti, essendo contenuto negli atti del giudizio il certificato ipotecario che è copia autentica del registro, al compratore non può essere imposto l'onere di una diligenza straordinaria, come sarebbe la consultazione *diretta* del registro ipotecario. Se nel certificato non figura la iscrizione, il compratore non citerà probabilmente il creditore omesso,

Il giudice delegato per ordinare la cancellazione non ha da fare indagini *di merito* ma soltanto *di procedura*. Egli è l'esecutore della sentenza di omologazione; quindi, verificata che abbia la regolarità *delle citazioni e notificazioni fatte* (art. 722), ordina al conservatore delle ipoteche di eseguire le cancellazioni o riduzioni occorrenti. Dalla ordinanza si può reclamare al tribunale nel termine di *giorni quindici* che corrono dalla pronunziazione per i presenti e dalla notificazione per gli assenti. Il reclamo si deve notificare anche al cancelliere, il quale non può rilasciare l'ordinanza in forma esecutiva (affinchè il conservatore delle ipoteche sia obbligato ad ottemperarvi), se non dopo scaduto il termine senza reclamo, o con rinunzia al medesimo. Quando siavi reclamo, la sentenza del tribunale diventa il titolo per ottenere le cancellazioni ordinate (art. citato).

822. Mano mano che il compratore paga l'importo delle note di collocazione egli ha diritto di ottenere, con analoghi procedimenti, la cancellazione rispettiva delle ipoteche che garantiscono i crediti utilmente collocati e la corrispondente riduzione a cifra minore della ipoteca legale assunta dal cancelliere. Quando poi abbia soddisfatto l'intero prezzo e gli interessi, acquista similmente il diritto di chiedere la totale cancellazione di questa ipoteca (art. 719);

---

per la cancellazione delle ipoteche; e così trascorrerà un tempo più o meno lungo prima ch'egli scopra l'esistenza di tale vincolo sulla sua proprietà. Indi può accadere che egli risenta danno. E in primo luogo può accadere che non gli riesca facile sottrarsi all'azione ipotecaria; senza dire degli ostacoli che crea la presenza di una iscrizione alla libera disponibilità dei beni. Di tali danni ha egli diritto a risarcimento verso il creditore procedente? Sembra sicura la risposta affermativa. Il creditore procedente opporrebbe invano al compratore che egli doveva promuovere la cancellazione dell'ipoteca nella sede di procedimento indicata nell'art. 721; perchè la impossibilità di farlo, nelle circostanze che qui consideriamo, sarebbe appunto l'effetto della colpa di esso procedente.

È anche da osservare che gli stessi concetti sono perfettamente applicabili dal punto di vista di chi ritiene che il creditore a cui mancò illegalmente la notificazione del bando conservi in ogni caso l'azione ipotecaria sull'immobile.

E in tutti i casi in cui è luogo ad essa, starebbe pure a favore del compratore la corresponsabilità del conservatore delle ipoteche, della quale è cenno nella nota a pag. 304.

e può ottenere la restituzione del deposito del decimo, se questa non fosse stata consentita prima da tutti i creditori comparsi nel giudizio di graduazione (v. n. 788).

Avvertiamo che nella pratica il più delle volte si provvede con una sola istanza debitamente notificata e con una sola ordinanza alla cancellazione di tutte le iscrizioni, tanto dei creditori decaduti e non utilmente collocati quanto di quelli che ebbero utile collocazione, dopo eseguiti ai secondi i dovuti pagamenti.

823. Quanto alla *trascrizione del precetto* è disputato se il deliberatario abbia diritto di ottenere che sia cancellata dai registri ipotecari. Veramente la legge non dà un provvedimento esplicito su codesto punto; ed è certo che la trascrizione della sentenza di aggiudicazione rende inefficace a carico dell'acquirente, sotto ogni punto di vista, la trascrizione del precetto. Per altro da ciò non possiamo dedurre che in tesi astratta ne sia vietata la cancellazione. La trascrizione del precetto impone un vero aggravio alla proprietà e si dànno casi in cui il cancellarla può avere una grande importanza. Così quando un precetto trascritto si perime, o quando il debitore paga le somme per le quali si procedeva a suo carico, la cancellazione è atto di stretta giustizia, per toglierlo in modo certo ed assoluto dalla angustiosa situazione in cui la trascrizione lo ha posto in confronto ai terzi. Ritenuto adunque che le indicate menzioni possono essere cancellate, non v'è motivo per escludere dalla facoltà di chiedere la cancellazione il deliberatario dell'immobile. Non è qui il luogo per dimostrare come, anche nell'aspetto pratico, sia molto conveniente questa soluzione.

CAPO IV.

Rivendita.

824. Mercè la aggiudicazione divenuta definitiva la proprietà dell'immobile è trasferita in via assoluta al compratore. Qualunque sia però il sistema accolto in una legge per il modo e il termine del pagamento del prezzo, non

potrebbe mai essere trascurata l'ipotesi che il deliberatario manchi a questo suo obbligo. Molti codici hanno trovato opportuno di concedere in siffatta eventualità agli interessati un procedimento quasi privilegiato, più pronto, cioè, e più semplice dell'ordinario giudizio di espropriazione, affinchè possano ottenere un nuovo incanto dei beni. Avvertasi per altro che questo procedimento, il quale nel nostro codice ha il nome di *rivendita*, non rappresenta nel sistema di esso la risoluzione del primo acquisto; tanto vero che i diritti dei creditori dell'originario espropriato rimangono fissati a norma dello stato di collocazione e della sentenza che lo ha omologato; e solo i creditori ivi utilmente graduati partecipano al prezzo della rivendita; laonde se questo eccede l'importo della primitiva delibera il di più profitta al compratore moroso. Mentre, se si considerasse risoluta la vendita anteriore, la differenza del prezzo dovrebbe profittare al debitore espropriato od ai di lui creditori che prima, per l'insufficienza del prezzo, non avevano ottenuto grado utile.

824*bis*. Rammentiamo l'accenno fatto poc'anzi (n. 807) al sistema del codice sardo del 1854 che è indispensabile spiegare qui più analiticamente. Secondo quel codice (articolo 805), non adempiendo il compratore agli obblighi del deliberamento, il tribunale ad istanza di uno dei creditori doveva ordinare « che i beni siano reincantati a di lui « pericolo e spese, in quell'altra udienza che sarà fissata « sulla offerta che l'istante dovrà aver fatta di un prezzo, « a mente dell'art. 770 ». Il *reincanto* si considerava una vera rinnovazione del primo incanto, cioè una fase ulteriore del giudizio contro l'originario espropriato, precisamente come se la delibera non avesse avuto luogo. E pertanto il deliberatario inadempiente era bensì tenuto (evidentemente per una obbligazione nascente *ex culpa*) alle spese della seconda vendita ed a pagare ai creditori dell'espropriato, od a lui medesimo dopo il loro soddisfacimento, *la differenza in meno* fra il prezzo del secondo incanto e quello del suo acquisto: ma qualora il secondo incanto avesse prodotto *una differenza in più*, essa andava devoluta intieramente ai creditori dell'originario espropriato, e a favore di quest'ultimo dopo il loro soddisfacimento (art. 810 cod. cit.).

Queste regole per altro erano applicabili soltanto per lo spazio di tre anni dalla data del deliberamento (art. 812). Il carattere preciso del sistema si trova scolpito nella disposizione dell'art. 819 che statuiva: « Il dominio non è « acquistato irrevocabilmente al deliberatario se non dopo « il pagamento del prezzo, o se è trascorso il termine por- « tato dall'art. 812 senza che sia stata proposta l'istanza « per il reincanto ». Aggiungeva lo stesso articolo, nell'ultimo capoverso: « Finchè il dominio non è acquistato irre- « vocabilmente al deliberatario, nessuno dei di lui creditori « potrà promuovere la subasta del fondo ». In breve, questa non è più l'applicazione del principio accolto nel regio editto sardo del 1822 (art. 119, 122), che considerava il mancato pagamento del prezzo come una tacita condizione risolutiva della vendita giudiziale. Tale principio era ormai incompatibile con la disposizione del codice albertino (articolo 1661) che escludeva siffatta condizione risolutiva tacita dal contratto di vendita (in opposizione al codice civile francese). Il legislatore sardo del 1854, per la migliore disciplina del giudizio di espropriazione, ricorse invece all'espediente di istituire una condizione sospensiva a carico del deliberatario, restringendo la durata della medesima al triennio, come si è veduto. Ond'è che logicamente esso potè parlare di *reincanto;* e questo novello periodo della procedura potè essere correttamente qualificato allora come una fase ulteriore della espropriazione contro il debitore.

Il sistema del nostro codice è molto diverso. L'aggiudicazione divenuta definitiva trasferisce irrevocabilmente la proprietà nel deliberatario. Niuna proibizione è fatta ai di lui creditori di promuovere a loro volta in qualunque tempo la espropriazione a di lui danno. Se il nuovo incanto produce un prezzo superiore a quello per cui il deliberatario erasi obbligato, la differenza resta nel suo patrimonio e profitta a lui e ai suoi creditori (v. n. 828). Qui abbiamo dunque una procedura di espropriazione nuova, contro un nuovo proprietario; per la quale alcune regole stabiliscono una maggiore brevità e semplicità, e nulla più. È dunque un anacronismo, frutto d'incompleto studio comparativo fra il sistema odierno e quello del codice sardo preaccennato,

l'opinione secondo la quale anche attualmente la rivendita sarebbe una continuazione o una ripresa del giudizio esecutivo contro il primo espropriato. La stessa differenza fra i nomi di *reincanto* e *rivendita*, addita l'errore di tale opinione (1).

825. Giusta l'art. 689 la rivendita può essere promossa da *qualunque creditore*, quando il deliberatario non adempia *gli obblighi della vendita*. Intendasi che la legge allude a coloro che sono creditori in virtù dello stato di collocazione e della sentenza che lo ha omologato; per cui vi si comprendono anche i chirografari e lo stesso debitore, se a quelli od a questo era devoluta una parte del prezzo; non vi si comprendono per contro i creditori dell'espropriato, anche ipotecari, che non ebbero grado utile. Quanto agli *obblighi della vendita*, è concorde la interpretazione del testo nel senso che si possa chiedere la rivendita soltanto per violazione degli obblighi *principali;* tra cui, primo e maggiore, quello di soddisfare l'importo delle note di collocazione nei cinque giorni dalla loro notificazione (v. n. 820), o di depositare il prezzo, qualora ciò sia ordinato a sensi dell'art. 724 (v. n. 818).

826. Per procedere alla rivendita deve essere citato (come stabilisce il mentovato articolo) il compratore in via sommaria davanti il tribunale nella forma stabilita dall'articolo 665. Si disputa se occorra premettere la notificazione del precetto. Noi pensiamo che sia indispensabile; giacchè se riesce abbastanza agevole affermare che l'ingiunzione contenuta nel precetto è in questo caso superflua (il che per altro potrebbe essere ripetuto in relazione ad ogni altro titolo esecutivo regolarmente intimato) non è però possibile dimostrare, senza venir meno alla coerenza con quanto dianzi esponemmo circa l'indole della rivendita, che non

(1) In tale errore caddero parecchie sentenze, fra le quali la più notevole è quella del 10 dicembre 1895 della corte di cass. di Roma, *Giur. it.*, 1896, I, 1, 39. In essa si vede addirittura proclamata l'applicazione del sistema del codice sardo sotto il regime del nostro, compresa la sospensione della irrevocabilità del dominio fino a pagamento del prezzo. In senso però contrario vedasi appello Roma, 25 luglio 1896, *Giur. it.*, 1896, I, 2, 783.

faccia mestieri anche in cotale procedimento di ottenere l'effetto della sua trascrizione, vogliamo dire il pignoramento giudiziale dell'immobile e dei relativi frutti durante il giudizio di rivendita; al quale effetto, in confronto al deliberatario, non serve di certo la trascrizione del precetto fatto all'originario debitore dal suo creditore.

La rivendita è ordinata con sentenza del tribunale che rimette al presidente di stabilire il giorno del reincanto. Il cancelliere redige un nuovo bando *conforme al primo*, il quale *inoltre* deve contenere a pena di nullità (art. 707) le indicazioni relative alla persona del compratore ed al prezzo del suo acquisto (cit. art. 689, capoverso).

Qual è il prezzo su cui si apre il nuovo incanto? Se il bando deve essere *conforme al primo*, contenendo *inoltre* a titolo di semplice *indicazione* (le parole in corsivo sono desunte dal testo della legge) il prezzo della vendita, ci sembra manifesto che la volontà del legislatore fu quella che l'incanto per la rivendita si apra sullo stesso prezzo d'apertura della gara in cui seguì la delibera. Quindi se fu offerto il sessantuplo, sarà su quest'offerta che s'inizierà la gara; se fu eseguita perizia si aprirà l'asta sul prezzo di stima, salvo ordinarne ribasso ove manchi ogni oblatore (1). È vero che non si presenta del tutto plausibile la risurrezione dell'offerta del sessantuplo e della correlativa obbligazione del creditore che la fece (2). Ma è ancor meno plausibile che la rivendita si apra (come è opinione d'altri) sul prezzo della delibera antecedente, mentre la legge vuole che di regola negli incanti siano possibili le offerte e non siano rese *a priori* quasi impossibili. I sostenitori dell'opinione accennata superano questa difficoltà dicendo che in mancanza di offerenti si faranno ribassi di decimi; ma con ciò aggiungono alla legge un istituto che non ha, mentre

---

(1) In senso analogo si pronunziò la corte d'appello di Roma, nella sentenza 25 luglio 1896, indicata in nota al n. 824 *bis*.

(2) Questa difficoltà sparisce coll'ammettere che l'offerta del sessantuplo debba essere fatta propria dal creditore che promuove la rivendita; il che starebbe in armonia con la disposizione dell'art. 665 richiamato nell'art. 689; poichè il n. 2 del detto art. 665 parla di offerta da farsi *dal creditore istante*.

essa limita il provvedimento dei ribassi al caso d'incanto a prezzo di stima. Di più, da un altro lato, obliterano una parte del testo; se invero il bando (come dice il capoverso dell'art. 689) deve essere redatto *in conformità* all'art. 667, è mestieri che contenga (n. 6 del detto articolo) *l'offerta del prezzo o il valore risultante dalla perizia;* e se *inoltre* è prescritto di farvi *indicazione* del prezzo della precedente delibera, ciò non autorizza a concludere che su questo prezzo debba venire aperto l'incanto.

827. Il bando è notificato al compratore, al debitore ed ai creditori iscritti, compresi quelli che abbiano prese iscrizioni a carico del deliberatario. Esso è pubblicato, affisso, inserito e depositato nelle forme ordinarie, ma l'intervallo fra queste formalità e l'udienza dell'incanto è ridotto a quindici giorni. Si noti che niuna notificazione è necessario fare a coloro ai quali il compratore abbia trasmesso l'immobile (art. 690); disposizione questa che caratterizza l'indole privilegiata ed eccezionale del procedimento di rivendita.

Il procedimento stesso può essere fatto cessare dal deliberatario quando egli, prima dell'udienza, giustifichi di avere adempiute le condizioni della vendita e depositata nella cancelleria la somma necessaria al pagamento delle spese per gli atti compiuti (art. 691). Anche questa disposizione è eccezionale, in quanto essa esclude i creditori particolari del deliberatario dal poter approfittare, mediante *surrogazione,* del giudizio privilegiato che non ha più ragione di proseguire in favore dei creditori dell'espropriato.

828. Nel nuovo incanto si osservano le regole generali indicate dianzi nel capo secondo, per quanto riguarda la forma di procedervi, la dichiarazione del compratore e l'aumento del sesto (art. 692). Le spese della procedura, eccetto quelle che ai sensi della legge stanno a carico del nuovo compratore, sono rimborsate dal precedente deliberatario *a chi di ragione* (come è detto testualmente nel codice), cioè a chi promosse la rivendita, se costui direttamente ne domanda il rimborso; ovvero alla massa, qualora ne sia chiesta la collocazione privilegiata sul prezzo. Il primo deliberatario è pure obbligato a pagare la differenza in meno

tra il prezzo della rivendita e quello della vendita coi relativi interessi a chi vi ha diritto in conformità alla graduazione già stabilita. Per il soddisfacimento di tali obbligazioni, quando occorra, può essere assegnato ai creditori già utilmente graduati ed ora incapienti, o al creditore delle spese suddette, fino a relativa concorrenza, il decimo depositato a norma dell'art. 672 (num. 788); nè su ciò vi può essere dubbio, essendo appunto destinato quel deposito a garantire tutti gli obblighi che derivano dalla aggiudicazione. Se vi è differenza in più, essa profitta al deliberatario, come si è già detto, od ai suoi creditori, i quali potranno promuovere per questa somma una graduazione speciale fra loro (art. 693).

Il nuovo compratore deve poi pagare il prezzo, sino a relativa concorrenza in conformità ed in base alle antecedenti note di collocazione; perciò a di lui carico non occorre l'iscrizione d'ipoteca legale se non per la somma eccedente quella della prima delibera. Se poi egli non soddisfa le note di collocazione nei cinque giorni, si farà luogo ad una seconda rivendita, restando ferme tuttavia le obbligazioni del primo deliberatario, la insolvenza del quale è sempre la causa originaria dei successivi danni a cui siano esposti i creditori.

829. Il procedimento privilegiato della rivendita è *facoltativo;* i creditori del prezzo possono eziandio agire *su altri beni* del deliberatario, valendosi delle note di collocazione come titolo esecutivo o come documento di credito. Non sarà permesso però espropriare *altri immobili* di lui, se non sotto alle condizioni indicate nell'art. 2080 del codice civile, poichè i crediti, se anco originariamente chirografari, trovansi ormai assistiti dalla ipoteca legale assunta sui beni deliberati. Le procedure esecutive su altri beni dovranno essere condotte nelle forme ordinarie.

La legge stabilisce poi un limite di tempo al di là del quale vien meno per i creditori il privilegio di poter chiedere la rivendita e ciò in ossequio al principio: *vigilantibus jura succurrunt.* Trascorsi tre anni dalla vendita, la espropriazione a carico del deliberatario per inadempimento dei suoi obblighi non può aver luogo se non nelle forme stabilite per il giudizio di spropriazione contro il debitore; e gli effetti del procedimento sono quelli ordinari (art. 694).

TITOLO IV.

DELL'APPELLO NEI GIUDIZI DI SPROPRIAZIONE E GRADUAZIONE

---

830. Le sentenze che vengono pronunziate nei giudizi di spropriazione e di graduazione e sopra i vari incidenti che in essi si producono, sono soggette, pel rimedio dell'appello, a norme speciali che altrove accennammo (nn. 588, 609, 785) e che ora qui esamineremo sotto tre punti di vista distinti, e cioè: quanto all'*appellabilità*, quanto al *termine per appellare*, quanto ai modi *di proposizione dell'appello* ed alle altre regole del procedimento.

La ragione comune di codeste discipline particolari sta nell'opportunità dal legislatore riconosciuta che talune controversie relative puramente *alla forma* degli atti di coazione siano troncate con sollecitudine, onde non sia fomentato lo spirito di tergiversazione a danno dei creditori; e che le dispute più gravi, a cui non si reputa prudente di togliere la guarentigia dell'appellazione, trovino in essa, per la maggiore rapidità delle forme, non un aiuto alla defatigazione ma solo un istrumento di giustizia.

831. Pertanto nei giudizi di *spropriazione* di beni mobili od immobili, l'appello da talune sentenze è vietato, come specificammo al n. 588, in conformità al tenore degli articoli 655 e 702. È indispensabile aggiungere su questi due testi alcuni schiarimenti, giacchè in pratica essi sollevano spesso dubbi e discussioni.

Nei giudizi per *spropriazione di beni mobili* sono dichiarate inappellabili (art. 655) in primo luogo le sentenze che stabiliscono *soltanto* il giorno in cui deve farsi la vendita. Di *sentenze* limitate a questo oggetto se ne possono avere esclusivamente nei casi di vendita di mobili o crediti pigno-

rati presso terzi, quando non sia stata elevata veruna sorta di controversia (v. nn. 757, 761). La sentenza qui tiene luogo del *decreto* con cui negli altri casi (v. n. 741) è destinato il giorno della vendita e perciò sta bene sia inappellabile. In secondo luogo sono inappellabili le sentenze che provvedono sopra domande di *surrogazione* nella procedura esecutiva per negligenza del creditore istante. Il principio della inappellabilità, attesa la sua indole eccezionale, va inteso restrittivamente. Il testo deve adunque essere spiegato nel senso che siano inappellabili le sentenze solo in quanto pronunziano sul *requisito di fatto* voluto dall'articolo 575 per far luogo alla surrogazione, e cioè, la *negligenza* del procedente (v. n. 723). Indi accade che se ad occasione della domanda di surroga si è disputato su altri oggetti, per esempio sulla sussistenza del credito di chi l'ha promossa, o sovra l'entità e l'estensione del medesimo, o sulla qualità sua in quanto da essa dipenda il diritto a proporre l'istanza, la sentenza è appellabile. Del resto, l'inappellabilità, nei casi in cui è ammessa, riguarda tanto le sentenze che accolgono l'istanza di surrogazione come quelle che la respingono. Per terzo sono inappellabili le sentenze che *rigettano eccezioni di nullità*, salvo che questa riguardi il *titolo* in forza del quale si procede. Il nome di *titolo* comprende qui tanto il *credito* in se stesso come il *documento* da cui è recato. Quindi è appellabile la sentenza che pronunzia sulla certezza o liquidità del credito, sulla forza esecutoria del documento, ecc. Inoltre va notato che le eccezioni di *nullità* a cui alludesi sono quelle soltanto relative alla *forma degli atti* essendo molto semplice l'indagine che abbisogna per accertare se questi sono regolari a sensi di legge. Perciò se l'eccezione includesse una quistione di *merito*, o se fosse ad una di tali quistioni congiunta, la sentenza di rigetto sarebbe appellabile. Alle sentenze che *accolgono* le eccezioni di nullità (anche pure e semplici) fu concessa la guarentigia dell'appellazione per la maggiore gravità delle loro conseguenze. Le eccezioni di nullità dedotte in sede d'opposizione al precetto non sono qui contemplate, e quindi possono in ogni caso formare oggetto di appellazione, poichè la legge parla di nullità degli *atti di*

esecuzione e sappiamo che il precetto non ha questa qualifica (v. n. 715). In quarto luogo sono inappellabili le sentenze che ***rigettano opposizioni non proposte in termine utile***, come potrebbero verificarsi nei casi indicati negli art. 648 (v. n. 753), 649 (v. n. 746) e 653 (v. n. 750).

832. Nei giudizi di ***spropriazione d'immobili*** sono inappellabili (art. 702) le sentenze che ***nominano il perito per la preventiva identificazione dei beni da vendere***, riconosciuta necessaria dal tribunale avanti di pronunziare l'autorizzazione a vendita (v. art. 666, n. 1, capov. primo). Si tratta di un provvedimento che non può nuocere ad alcuno e giova alla regolarità degli atti. Lo sono poi le sentenze che decidono sovra domande di surrogazione: rispetto a queste ci riferiamo alle considerazioni espresse nel numero precedente. In terzo luogo sono escluse dall'appello le sentenze che rigettano eccezioni di nullità, o domande per modificazioni od aggiunte alle condizioni di vendita (si veggano in proposito il numero precedente ed i nn. 785 e 786). La legge qui parla in genere di ***eccezioni di nullità***, senza distinguere fra i ***motivi*** delle medesime, poichè le eccezioni di ***nullità*** proponibili in via d'incidente nel giudizio di spropriazione immobiliare (come notammo al n. 784) non possono riferirsi che agli atti posteriori alla sentenza d'autorizzazione a vendita, dopo la quale non sono più proponibili eccezioni contro il precetto o contro il titolo in forza del quale si procede. E siccome la sentenza di autorizzazione a vendita è ***appellabile***, così le eccezioni ora menzionate godono anche qui, come nei giudizi di spropriazione mobiliare, del benefizio della appellazione. Infine sono inappellabili le sentenze ***di vendita***, quelle cioè che pronunziano il deliberamento dopo l'incanto, si tratti di prima o di seconda vendita, od anche di rivendita. Queste sentenze contengono l'atto di traslazione di proprietà dello stabile che ha il proprio fondamento nei materiali risultati dell'asta. Esse dunque non possono d'ordinario offrire materia a discussione. Per altro sarebbe appellabile la sentenza di vendita pel capo con cui avesse deciso talun incidente sorto durante l'incanto, o ad occasione della delibera, giusta la regola già accennata che l'inappellabilità va sempre intesa ***stricto sensu***.

833. Gli art. 656 e 703 riferentisi il primo alle spropriazioni di mobili, il secondo a quelle d'immobili, portano in tenore quasi letteralmente identico la disposizione seguente: *L'appello da ogni altra sentenza deve essere proposto nei quindici giorni dalla notificazione.* La legge ha voluto rendere più breve il termine ad appellare per conferire maggiore celerità al procedimento esecutivo; ed ha manifestato questo suo intendimento con parole la chiarezza e precisione delle quali non potrebbero venire messe in dubbio. *Ogni altra sentenza* (escluse cioè le inappellabili) proferita nei preindicati giudizi è appellabile nel termine di quindici giorni, salvo che formalmente sia sottratta da altro testo a questa regola. Quindi le sentenze di qualunque sorta, pronunziate dopo la notificazione del precetto, passano in giudicato nel termine di quindici giorni, comprese quelle proferite in sede d'opposizione al precetto, che dimostrammo (n. 715) essere *atto del giudizio esecutivo* quantunque non sia *atto d'esecuzione.* E non si può nemmeno distinguere fra l'indole delle controversie decise, sia nella sede d'opposizione a precetto o sia più tardi, per francare dal termine eccezionale di appellazione e favorire del termine ordinario molto più lungo, quelle che decidono *questioni di merito*, assegnando il termine quindicinale a quelle soltanto che risolvono *questioni di procedura.* Questa interpretazione, che prevalse nella giurisprudenza delle corti di cassazione, contrasta non meno colla lettera che collo spirito della legge. La genesi sua vuole essere rintracciata nella circostanza che taluni dei codici preesistenti in Italia ammettevano l'accennata distinzione. Ma questa genesi medesima è la migliore prova della sua erroneità (1); non è lecito in materia di termini e di decadenze interpretare con l'autorità di tradizioni i precetti della legge in vigore, massime quando il testo della medesima è siffattamente chiaro da respingere ogni arbitrio di ermeneutica restrittiva, anzi da respingere qualunque ermeneutica, poichè basta leggere nel codice per intendere subito e senza sforzo ciò che il legislatore ha voluto.

---

(1) La predetta interpretazione fu da noi largamente discussa e commentata nel *Digesto italiano*, voc. *Appello civile*, nn. 1005 a 1011.

834. Per le sentenze appellabili nei giudizi d'esecuzione mobiliare, l'art. 656 dispone che l'appello si deve proporre con citazione del debitore e delle parti interessate ad opporsi alla riforma della sentenza, a comparire entro un termine non minore di *cinque* nè maggiore di *quindici* giorni. La inosservanza del termine *minimo* di comparizione sarebbe causa di *nullità* della citazione pel tassativo disposto dell'art. 153 (vol. I, n. 235). Quanto alla infrazione del limite *massimo* apposto al termine medesimo, non v'è in veruna parte del codice comminatoria di nullità contro la medesima; onde riteniamo che quando si verifichi non ne derivi altra conseguenza se non il diritto dell'appellato a controcitare l'appellante ad una udienza che stia nella misura legale, senza bisogno di giustificare altrimenti il suo interesse a questo atto (vol. I, n. 234).

Prosegue il citato articolo (capoverso primo) collo stabilire che se la sentenza fu pronunziata da un tribunale civile l'appello è *notificato ai procuratori del debitore e delle altre parti interessate.* È questa una forma di *notificazione* dell'atto d'appello più semplice e più breve della ordinaria (v. n. 610) e cioè della notificazione nel luogo della residenza dichiarata, o del domicilio eletto o dichiarato. Quindi essa corrisponde al generale intento qui propostosi dal legislatore. Per altro, la *notificazione* non è da confondere colla *vocatio in jus* ossia colla *citazione;* si deve sempre *citare la parte*, notificando l'atto al di lei procuratore. Se fosse citato il procuratore mancherebbe l'estremo essenziale della *vocatio in jus* e l'atto d'appello sarebbe insanabilmente nullo, vale a dire che non potrebbe esserne ordinata la rinnovazione come per semplice vizio di notificazione (art. 145, ult. parte, cod. di proc. civ.). Non si esageri però il rigore formalistico oltre i limiti di ragione; e si intenda che se fosse citata la parte (designandola senza equivoci) con la frase aggiunta: *in persona del procuratore,* o con altra analoga espressione, non vi sarebbe motivo di nullità.

Se poi il debitore non abbia costituito procuratore, l'atto d'appello gli viene notificato mercè l'affissione alla porta esterna della sede del tribunale (articolo e capoverso citati).

Decise in appello le questioni insorte, la continuazione degli atti esecutivi torna in ogni caso davanti il giudizio competente di prima istanza (art. cit., ultimo capoverso).

835. Regole analoghe contengonsi nel primo capoverso dell'art. 703, rispetto alla proposizione dell'appello nei giudizi di spropriazione di immobili. L'atto d'appello *si notifica ai procuratori* delle parti interessate ad opporsi alla riforma della sentenza; per la notificazione al debitore si osservano le norme accennate al n. 785. La citazione è fatta *per comparire nel termine di giorni dieci.* Per le sanzioni della inosservanza del termine ci riportiamo a quanto fu esposto nel numero precedente.

Oltre le parti interessate ad opporsi alla riforma della sentenza appellata deve sempre essere citato il creditore istante, allo scopo che egli presenti in appello i documenti della procedura, l'esame dei quali può essere necessario per decidere le questioni portate al secondo giudizio. Egli è obbligato a questa produzione sotto pena di risarcire i danni (art. cit., capov. ultimo). Però non v'ha comminatoria di nullità; e quindi se non occorra l'esame dei documenti del creditore istante per risolvere la controversia di che si tratta, il difetto di sua citazione non vizia l'appello nè esige provvedimento d'integrazione; se invece il detto esame è necessario, sarà da ordinare l'integrazione dell'appello colla citazione del procedente. Dopo la sentenza di appello, il procedimento di spropriazione prosegue, come del caso, innanzi il tribunale competente (art. 705).

836. Tanto nell'una come nell'altra delle mentovate categorie di giudizi esecutivi, la legge ha trovato ragionevole di sottrarre una classe di controversie all'angustia dei termini eccezionali di appellazione. Vogliamo alludere alle controversie che sorgono nel giudizio di espropriazione intorno ai diritti di terzi, colpiti per errore o per altra circostanza dalla procedura e rivendicati e difesi dai loro possessori contro l'illegittimo e pericoloso attacco. Nei giudizi di esecuzione mobiliare il diritto di un terzo può trovarsi minacciato in due distinti modi: 1° quando il pignoramento eseguito presso il debitore colpisca oggetti di proprietà di un terzo il quale sia costretto perciò ad agire in separazione (v. n. 752); 2° quando

nel pignoramento presso terzi sorga controversia, in seguito alla dichiarazione, sulla esistenza di oggetti o di somme di ragione del debitore presso il terzo o sulla misura della obbligazione di costui (v. n. 762). In questi casi l'appello dalla sentenza che ha pronunziato sulla controversia è proponibile nei termini ordinari dell'art. 485. Si tratta invero pel terzo di un giudizio *dichiarativo;* egli è affatto estraneo ai rapporti fra il creditore ed il debitore espropriato nè deve soffrire una diminuzione delle ordinarie guarentigie che la legge gli concederebbe in sede di procedimento di dichiarazione. Siccome poi la sentenza che ha pronunziato sulla controversia potrebb'essere provvisoriamente esecutoria, così è stabilito a migliore protezione del terzo che egli possa sospenderne l'esecutività, in pendenza del termine per l'appello e nel riguardo degli oggetti che sono in contestazione, colla semplice notificazione che faccia al creditore istante od al di lui procuratore di aver appellato o di voler appellare (art. 657, 658).

837. Il diritto del terzo nei giudizi di spropriazione di immobili forma oggetto di controversia quando sia proposta domanda di separazione (v. n. 787). Anche in questo caso, il termine per l'appello è regolato dall'art. 485; ed il terzo col notificare al procuratore del procedente di avere appellato o di voler appellare dalla sentenza, ottiene l'effetto di sospendere l'esecutività di essa rispetto ai beni compresi nella domanda di separazione, quando anche fosse stata accordata l'esecuzione provvisoria (art. 704).

838. In quanto ai giudizi di graduazione, le controversie che in essi possono verificarsi sono per lo più di indole dichiarativa, quindi la legge non ritenne di stabilire per nessun caso l'inappellabilità delle sentenze; e l'interprete non può arbitrarsi a creare nel silenzio del codice alcun precetto restrittivo alla regola universale dell'appellabilità. Per rendere celere e pronta l'introduzione dell'appello è invece ridotto in tutti i casi a quindici giorni il termine utile a proporlo; e pei contumaci, come altrove fu accennato (vol. I, numero 555), questo termine decorre dalla pubblicazione della sentenza. La giurisprudenza e la maggioranza dei commentatori concordano nell'escludere,

rispetto al termine d'appello nei giudizi di graduazione, la differenza tra questioni di procedura e di merito che già censurammo a proposito dei giudizi di espropriazione (n. 833). La *notificazione* dell'atto d'appello è fatta *ai procuratori* delle parti di cui si contestano le collocazioni ed è fatta altresì al debitore nel modo indicato al n. 835. Il termine a comparire è di giorni dieci. Devesi inoltre citare il creditore istante per l'effetto di cui si disse nello stesso n. 835. Queste regole, portate dall'art. 725, non hanno ormai bisogno di illustrazioni. Ricordiamo inoltre che giusta l'art. 239 del regolamento generale giudiziario, il cancelliere del tribunale, sull'istanza dell'appellante e previa anticipazione delle spese occorrenti, trasmette alla cancelleria della corte d'appello tutti gli atti della procedura presso di lui esistenti. Se però l'appello riflette soltanto alcun capo della sentenza, l'appellante farà, a proprie spese, estrarre copia degli atti che vi hanno relazione per produrli in secondo grado. Queste norme si applicano anche agli appelli da sentenze proferite nei giudizi di distribuzione del prezzo di beni mobili. E la loro inosservanza farebbe incorrere l'appellante nella deserzione dell'appello a sensi dell'art. 489 del codice (v. n. 619).

Siccome la discussione dell'appello ha luogo soltanto fra le parti interessate nella questione o nelle questioni che ivi si dibattono, era necessario un provvedimento, all'effetto che le modificazioni parziali ordinate dalla corte d'appello nella graduazione fossero poste in armonia collo stato delle altre collocazioni stabilite in prima istanza. Indi è che nel caso di riforma della sentenza di omologazione, il giudice delegato in contraddittorio dei procuratori di tutte le parti stabilisce poi definitivamente lo stato di graduazione, in base al quale, previa la liquidazione dei crediti, dovranno essere spedite le note di collocazione. Se in questa estrema fase sorgano controversie circa il modo della graduazione esse sono senz'altro decise dalla corte d'appello, quasi in proseguimento del giudizio innanzi ad essa compiuto (art. 726).

TITOLO V.

GIUDIZIO DI PURGAZIONE DELLE IPOTECHE

839. La nozione del giudizio di purgazione delle ipoteche e del suo scopo appartiene esclusivamente allo studio del codice civile. Noi dobbiamo riassumerla in breve onde chiarire il motivo per cui di codesto giudizio si parla nel codice di procedura sotto il titolo della *esecuzione forzata* ed aprirci la via ad intendere più speditamente le regole processuali che lo riguardano.

Un immobile può essere gravato di iscrizioni ipotecarie per un importo superiore al suo effettivo valore. Se esso viene espropriato giudizialmente, le iscrizioni dei crediti che non hanno utile collocamento sono eliminate mercè il risultato del giudizio di graduazione. Se viene venduto contrattualmente, accadrà delle due cose l'una: od i creditori che non ponno essere soddisfatti col prezzo acconsentono a far cancellare le loro iscrizioni ed il compratore potrà vivere tranquillo nella certezza di non dover rispondere in via ipotecaria se non per una somma corrispondente al prezzo che si è obbligato a pagare. Od essi non consentono alle cancellazioni; ed in tal caso non essendo giusto di rendere impossibili le vendite convenzionali, giova permettere al compratore di provocare sopra il prezzo del suo acquisto l'apertura di un giudizio di graduazione con tutti gli effetti di quello che accompagna l'espropriazione forzata e segnatamente per lo scopo di ottenere in via giudiziale la cancellazione delle iscrizioni non collocate in grado utile.

Ma arrestandosi a questo punto il legislatore detterebbe un provvedimento molto pericoloso nella pratica. Un proprietario col vendere a persona amica o famigliare, ovvero col simulare di vendere, i beni ipotecati, ad un prezzo minore

del loro giusto valore, riuscirebbe facilmente a defraudare i creditori che pur da una vendita a giusto prezzo potrebbero riuscire soddisfatti. Sta bene adunque che si conceda al terzo acquirente la facoltà di promuovere la graduazione dei creditori iscritti sul prezzo dell'acquisto; ma bisogna ammettere i creditori stessi a tutelare le loro ragioni nel caso che il prezzo contrattuale loro sembri inadeguato. Ed il mezzo più semplice e corretto per ottenere siffatta tutela consiste nella facoltà data a loro di rispondere alla domanda di apertura del giudizio di graduazione, colla domanda di subastazione dello stabile in via giudiziale all'intento di ricavarne maggiore prezzo. Affinchè poi questa domanda sia fatta con serietà e non per fine tergiversatorio il creditore che la propone deve obbligarsi egli stesso allo acquisto dello stabile per un prezzo superiore a quello del contratto e su codesta sua offerta deve aprirsi poi l'incanto giudiziale (1). La misura dell'aumento prescritto dalla nostra legge è del decimo almeno del prezzo convenuto. Dopo l'incanto poi si procederà sul ricavato maggiore importo alla graduazione dei creditori ed alla finale liquidazione dei rapporti fra tutti gli interessati.

Un altro ordine di considerazioni suffraga il concetto del giudizio di purgazione, anche prescindendo dalla ipotesi che il prezzo contrattuale sia inferiore alla somma dei crediti iscritti. Le iscrizioni ipotecarie hanno per iscopo di assicurare i creditori che sul prezzo dell'immobile saranno soddisfatti di quanto loro spetta, secondo la rispettiva priorità. Quando l'immobile viene venduto, lo scopo dell'iscrizione si realizza, nel senso che per il debitore la proprietà che precedentemente aveva convertesi nel diritto ad una somma di danaro consecrata al pagamento dei creditori. Il terzo possessore quindi si trova in diritto a sua volta di liberarsi

(1) Per gli istituti di credito fondiario è stabilito, in via di favore, nell'art. 14 della legge 4 giugno 1896: « Nei giudizi di purgazione, se il prezzo stipulato o che si dichiarerà a sensi dell'art. 2043 del codice civile, è minore del credito dell'istituto e non vien fatto da altro creditore l'aumento del decimo, in conformità dell'articolo 2045 del detto codice, l'istituto medesimo può fare istanza per l'incanto sul prezzo come sopra dichiarato o stipulato, senza obbligo di fare aumento del decimo, e senza impegno, qualunque sia l'esito dell'incanto ».

dalla detenzione di questa somma, per conto del debitore e dei suoi creditori, ponendola a disposizione di costoro, perchè nell'ordine dovuto siano soddisfatti, senza attendere la scadenza dei crediti rispettivi, la quale è un rapporto del tutto personale fra essi e l'originario debitore. Laonde potrà provocare, come dianzi si è detto, il giudizio di graduazione per purgare giudizialmente lo stabile dalle ipoteche, quando i creditori non consentissero amichevolmente a ritirare le somme loro dovute ed autorizzare le cancellazioni, non ostante il termine stipulato fra loro e il venditore (art. 2090 cod. civile).

Dal che si fa chiaro come codesto istituto della purgazione sia di eminente aiuto al movimento della proprietà fondiaria e quindi molto apprezzabile in se stesso. E del pari si intende come non possa promuovere il giudizio di cui parliamo quel compratore che si è obbligato *personalmente* a pagare tutti i creditori iscritti (art. 2040 cod. civ.), poichè egli si trova allora sostituito al venditore anche nel rapporto personale concernente i termini di scadenza dei singoli crediti ed è tenuto a rispettarli. Infine ne derivano per ulteriori corollari che il rincaro ossia l'aumento del prezzo per promuovere la vendita giudiziale dello stabile posto in purgazione non possa venire che dai creditori iscritti ovvero dai fideiussori che essendo verso di loro obbligati avrebbero diritto alla surrogazione nelle ragioni di essi creditori (articolo 1916 del cod. civ.); e che infine nella subasta possa concorrere anche il terzo possessore, aumentando il prezzo contrattuale ove voglia conservare la proprietà dei beni acquistati.

840. Per promuovere il giudizio di purgazione l'acquirente deve anzitutto far trascrivere il suo titolo di compera e far iscrivere sui beni, a garanzia del prezzo pattuito, la ipoteca legale a favore della massa dei creditori del venditore (art. 2042 cod. civ.). Indi presenta ricorso al presidente del tribunale che sarebbe competente per la spropriazione, chiedendo l'apertura del giudizio di graduazione. Al ricorso devono essere allegati il titolo dell'acquisto col certificato della trascrizione, il certificato delle iscrizioni ipotecarie iscritte sui beni sino al giorno della detta trascrizione, la

nota dell'ipoteca legale come sopra iscritta (art. 727 codice di proc.). Il presidente, verificata la regolarità degli atti, pronunzia con decreto l'apertura del giudizio di graduazione, nominando od indicando il giudice delegato al medesimo (art. 728). Nel termine fissato dallo stesso decreto, che non può essere minore di giorni quindici nè maggiore di trenta (art. citato), il compratore deve far notificare a ciascun creditore iscritto, per mezzo d'usciere, nel domicilio eletto colla iscrizione, non che al precedente proprietario, la copia del decreto, nel quale deve contenersi anche l'ordine ai detti creditori di depositare nella cancelleria entro giorni quaranta le loro domande di collocazione motivate coi documenti giustificativi (art. citato), insieme ad un atto contenente le indicazioni seguenti: 1° la data e la natura del titolo di acquisto; 2° la descrizione dei beni comprati; 3° il prezzo stipulato od il valore che attribuisce ai beni acquistati a titolo lucrativo o senza determinazione di valore; 4° la data della trascrizione; 5° le menzioni relative alla iscrizione della ipoteca legale; 6° uno stato sommario delle iscrizioni esistenti prima della trascrizione del suo contratto, in ordine cronologico (art. 2043 cod. civile). Deve codesto atto contenere inoltre la costituzione del procuratore (art. 728 codice di proc.), la elezione di domicilio nel comune dove siede il tribunale e l'offerta di pagare il prezzo o valore dell'immobile (art. 2044 codice civile). Un estratto sommario di tale notificazione, nel termine stesso preaccennato, deve a cura dell'istante essere inserito nel foglio degli annunzi legali (articolo citato).

841. I termini non possono essere prorogati (art. 2047 codice civile), e nel caso di ritardo oltre i medesimi ad eseguire le notificazioni ed inserzioni, i creditori iscritti possono chiedere di essere surrogati al compratore a norma dell'art. 575 del cod. di procedura, per compiere il giudizio di purgazione a di lui spese e rischio. Se fosse già stato intimato al terzo possessore il precetto per la spropriazione o pel rilascio, le notificazioni e l'inserzione devono essere compiute nel termine di giorni quaranta dalla intimazione del precetto, sotto pena di decadenza dal beneficio della purgazione e di sottostare quindi alla spropriazione od al

rilascio (art. 2041 cod. civ. ed art. 729 cod. di procedura). Il certificato dell'usciere comprovante le eseguite notificazioni ed il foglio degli annunzi legali contenente l'inserzione devono essere depositati in cancelleria entro i cinque giorni successivi alla ultimazione di queste formalità, per venire annessi ai documenti già allegati al ricorso, che costituiscono il primo nucleo del volume degli atti del giudizio di graduazione (citato art. 729, capov. ultimo).

842. Dal punto della notificazione fatta dal compratore sorge pei creditori iscritti l'esercizio della duplice azione che loro compete: quella cioè di domandare la collocazione sul prezzo; e quella di aumentare il prezzo medesimo promuovendo la subastazione giudiziale dello stabile. Onde vedesi come il giudizio di purgazione possa trasformarsi in un vero e proprio giudizio di spropriazione, il che giustifica la sede assegnata nel presente libro allo studio di esso.

La spropriazione che sia promossa mediante il rincaro apparentemente volgesi contro il compratore, ma in realtà essa è diretta contro il debitore. Infatti l'acquisto si deve considerare soggetto alla condizione *risolutiva* pel caso che avvenga rincaro: e nel momento stesso in cui questa condizione si verifica cessano gli effetti del contratto di traslazione della proprietà, proseguendo poi il giudizio come se fosse stato iniziato contro il debitore originario.

Indi una duplice conseguenza: 1° che se l'aumento è *nullo*, vale a dire se lo si debba considerare *come non avvenuto*, l'acquisto contrattuale rimane fermo e produce il suo effetto; se invece l'aumento avviene regolarmente ma poi il creditore che lo ha proposto cade in negligenza, gli altri creditori iscritti hanno diritto di surrogarsi a lui per proseguire la procedura (articoli 734, 735).

843. La proposta di aumento del decimo e la conseguente domanda per vendita giudiziale dell'immobile posto in purgazione, hanno naturale affinità colla domanda di autorizzazione a vendita, sì che le forme processuali ne sono molto somiglianti. Il creditore od il fideiussore che vuole aumentare il prezzo deve farlo nel termine perentorio dei quaranta giorni successivi alla notificazione ricevuta, intimando al venditore ed al compratore un atto contenente

la dichiarazione d'aumento, la offerta di una cauzione corrispondente al quinto del totale prezzo aumentato, la citazione a comparire all'udienza del tribunale per l'ammissione della cauzione e della richiesta d'incanto; l'atto è sottoscritto dal rincarante o dal suo procuratore munito di mandato speciale; viene notificato a mezzo di usciere nel domicilio eletto dal compratore e nelle forme ordinarie della citazione al venditore; e tutto ciò sotto pena di nullità (art. 2045 del cod. civ.). Il termine per comparire non deve essere minore di dieci giorni nè maggiore di quindici (art. 730 cod. proc.).

844. La richiesta d'incanto viene ammessa con sentenza che rinvia le parti avanti il presidente per determinare il giorno dell'asta ed ordina al cancelliere di formare il bando. La sentenza stessa pronunzia sopra l'idoneità della cauzione; essa deve essere annotata in margine alla trascrizione del titolo d'acquisto. La cauzione è prestata nelle forme ordinarie per atto ricevuto dal cancelliere. Se sia stata ammessa una cauzione ipotecaria, l'iscrizione relativa dev'essere assunta a cura e sotto responsabilità del cancelliere (art. 731, 732). La mancanza del richiedente l'incanto a presentarsi all'udienza stabilita colla sua citazione, od a costituire la cauzione ammessa, sono titoli che rendono *nulla di diritto* la richiesta di incanto, cogli effetti che segnalammo al n. 842. Del pari essa è nulla di diritto se la cauzione non sia riconosciuta idonea (art. 734).

Importa notare, al proposito della nullità del rincaro, che più creditori o fideiussori potrebbero avere effettuati separati aumenti. In tale ipotesi si dovrà seguire il criterio medesimo indicato per gli aumenti di sesto nell'articolo 680 (v. num. 791); vale a dire, che sarà preferito quell'aumento che è di somma maggiore, o tra aumenti uguali quello che fu fatto prima. Ora la dichiarazione di nullità del rincaro che per tal guisa fosse stato agli altri preferito, non toglie a questi la loro efficacia; anzi mercè di essa rendesi operativo, cogli stessi criteri di scelta, uno dei posposti (citato articolo 734).

845. Il bando è redatto in forma analoga a quella indicata nel n. 782, salve le diversità d'indicazioni richieste dalla specialità del procedimento. Esso è notificato ai cre-

ditori, al compratore ed al venditore, pubblicato, affisso, inserito in tutto e per tutto secondo le regole stabilite pei giudizi di spropriazione. Le formalità relative a questo atto sono da osservare esattamente a pena di nullità (art. 733).

Se all'udienza d'incanto non si presentino altri oblatori, la delibera viene fatta al creditore rincarante (articolo 736). Tutte le altre disposizioni relative ai giudizi di spropriazione e graduazione vengono applicate (art. 740).

Se nessun rincaro sia validamente eseguito e rimanga definitiva la proprietà nell'acquirente che ha promosso il giudizio di purgazione, il cancelliere trasmette, dopo quindici giorni dalla scadenza del termine indicato al n. 843, il volume delle domande di collocazione cogli altri documenti annessi al giudice delegato, il quale procede ad istruire nelle vie ordinarie il giudizio di graduazione (art. 739).

846. Rispetto alle varie eccezioni di nullità proponibili nel giudizio di purgazione si hanno le disposizioni seguenti.

Le eccezioni di nullità contro gli atti di notificazione e pubblicazione e gli altri con cui l'acquirente promuove il giudizio, devonsi proporre nel termine assegnato ai creditori per la presentazione delle loro domande di collocazione; quindi per ciascun creditore dentro quaranta giorni da quello della notificazione ricevuta. Le eccezioni di nullità relative alla richiesta d'incanto si propongono all'udienza stabilita nella medesima per comparire innanzi il tribunale. Infine le nullità *posteriori* alla sentenza che ammette l'incanto si devono proporre in via d'incidente almeno quindici giorni prima di quello dell'asta e nelle forme che si sono indicate sotto il n. 785. Le sentenze che pronunziano su questa ultima categoria di eccezioni di nullità, sono inappellabili. Quelle che pronunziano sulle altre sono appellabili, ma l'appello quanto ai termini ed alle forme è disciplinato in tutto e per tutto dall'art. 703 (v. n. 835). Così gli art. 737 e 738.

847. È qui opportuno di proporre una questione analoga a quella esaminata al n. 819. Quali sono i diritti di un creditore iscritto in confronto di cui non siano state effettuate le notificazioni prescritte dalla legge?

Sappiamo che tali notificazioni possono essere una sola o due, a seconda delle vicende del giudizio. L'acquirente

deve sempre notificare a tutti i creditori iscritti l'atto con cui viene aperto il procedimento (v. n. 840): se poi venga fatto luogo a rincaro devono ancora i creditori essere notificati del bando (v. n. 845). Onde in via generica si può stabilire che se abbia luogo una almeno di queste notificazioni il creditore che non compare nel giudizio incorre in decadenza e deve imputare alla propria trascuranza codesto risultato. Ma considerando poi distintamente le due ipotesi di non avvenuto e di avvenuto rincaro con omissione completa delle notificazioni, conviene venire a due risoluzioni diverse. Se non è avvenuto rincaro e quindi lo stabile è rimasto definitivamente in proprietà dell'acquirente contrattuale, egli sarà vincolato verso il creditore non notificato per la obbligazione ipotecaria che si è trasmessa in lui sino dal momento in cui firmò l'atto di compra-vendita. Della negligenza sua egli stesso deve rispondere; non entra nel campo dei nostri studi, come già notammo, la indagine relativa all'azione che possa aversi contro il conservatore delle ipoteche il quale abbia omesso di menzionare l'iscrizione nel certificato ipotecario rilasciatogli. Nè d'altronde la responsabilità del conservatore elimina quella di colui che improvvidamente si attenne alle risultanze dei certificati piuttosto che a quelle dei registri. Ed il creditore non notificato sarà perfino dispensato dal dimostrare che sul prezzo poteva ottenere grado utile, poichè coll'essergli mancata la notizia dell'istituito giudizio gli fu tolto di esercitare il diritto del rincaro e quindi resta problematico quale aumento avrebbe potuto ricevere il prezzo. Uguale responsabilità è da riconoscere nel compratore contrattuale nel caso in cui dopo il rincaro egli diventi deliberatario dello stabile; poichè, se anche del bando mancò la notificazione, non cessa la sua negligenza dall'essere stata la causa prima del danno al creditore (1). Ma in questo caso il creditore dovrà provare che il suo credito avrebbe potuto ottenere grado utile sul prezzo che dall'asta fu ricavato.

(1) Il creditore rincarante a sua volta sarà responsabile per negligenza, a causa della omessa notificazione del bando, poichè la situazione di lui nel giudizio è identica a quella del creditore procedente, che fu esaminata al n. 819.

Qualora poi, avvenuto il rincaro, siasi reso deliberatario un terzo, questi ha puramente e semplicemente la qualità di un compratore all'incanto giudiziale, estraneo affatto ai rapporti fra i creditori ed il debitore ipotecario o personale. Quindi rispetto a lui non si può accogliere altro principio se non quello della irresponsabilità assoluta. E l'azione del creditore si potrà esercitare *sul prezzo*, vale a dire contro quei creditori che hanno profittato della omessa di lui collocazione, precisamente come fu detto al n. 819. È superfluo rilevare che codesta azione ha per fondamento necessario e preventivo la dimostrazione del grado utile che il creditore danneggiato poteva ottenere sovra il prezzo della delibera. Il creditore stesso conserverà ad ogni modo, anche in questo caso, l'azione personale contro il suo debitore il quale non è liberato dalla stipulazione della vendita dello stabile soggetto alla ipoteca. Nè gli verrà meno l'azione per risarcimento verso il compratore contrattuale ed il creditore rincarante per la responsabilità da loro incontrata colla propria rispettiva negligenza e verso il conservatore delle ipoteche nel caso in cui egli pure sia di negligenza imputabile (vedasi n. 819 *nota*).

TITOLO VI.

ESECUZIONE PER CONSEGNA O RILASCIO DI BENI

CAPO I.

Regole generali.

848. Finito di trattare del procedimento di spropriazione forzata, dobbiamo ora tener discorso di quello che ha per oggetto la trasmissione diretta e coattiva di una cosa mobile od immobile in natura dal debitore al creditore di essa (v. num. 696).

Brevi e forse alquanto incomplete sono le disposizioni date su questa materia nel codice di procedura. Può tenersi come criterio generale interpretativo l'applicabilità, in via analogica, delle regole da cui sono governati rispettivamente i giudizi di spropriazione dei mobili e degli immobili. Badisi però che si tratta di semplice analogia, perchè il procedimento di cui ora parliamo riguarda il possesso e serve a modificarne lo stato, ma quanto alla proprietà non vi esercita alcuna influenza dovendo essere il diritto relativo già regolato dal titolo in base al quale si procede alla esecuzione.

849. Ma quale è codesto titolo? L'articolo 741 ha le seguenti espressioni: « Quando la parte *condannata* a consegnare un oggetto mobile od a rilasciare un immobile non eseguisca *la sentenza* nel termine stabilito, od in difetto entro giorni dieci dalla notificazione del precetto, si procede nel modo prescritto dai capi seguenti ». Onde pare che la esecuzione forzata in discorso non possa, secondo la volontà del legislatore, intraprendersi in base ad altro titolo esecutivo che non sia una *sentenza di condanna alla consegna od al rilascio.* Se le obbligazioni di consegnare o rilasciare fossero portate da un atto pubblico esso adunque non ser-

virebbe come valido titolo per agire *in executivis* nel caso di mora del debitore e sarebbe necessario tuttavia di adire il magistrato competente per ottenere sentenza di condanna.

Che questa sia la volontà del legislatore, ossia la volontà da esso manifestata nel codice, noi non sapremmo metterlo in dubbio, laddove consideriamo che le parole del testo citato non solo in se stesse sono immuni da qualsiasi ambiguità, ma per di più sono avvalorate dalle consuonanti espressioni dell'art. 742 che ripete l'accenno esclusivo della sentenza, dell'art. 744 che lo riproduce e che anzi dà una disposizione la quale basterebbe da sola a togliere ogni dubbio (v. n. 852) ed infine degli articoli 745 e 746 che parlano univocamente di *parte condannata* e di *sentenza*. Non ci sembra lecito davanti a tanta copia di elementi che ribadiscono il senso letterale dell'art. 741, alterarlo con sottili disquisizioni le quali hanno valore critico ma non ermeneutico. Si potrà anche opinare che il legislatore col restringere qui la generale nozione dei titoli esecutivi data nell'art. 553 non abbia fatto cosa lodevole, mancando motivi seriamente apprezzabili per siffatta restrizione. Ma egli la operò, e ben poteva nell'autorità sua operarla; la disposizione particolare deroga a quella generale; e fino che non sopravvenga una riforma legislativa giova interpretare l'art. 741 *nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole* (art. 3 *Disposizioni preliminari al codice civile*); il che oggimai è ammesso con grande prevalenza anche dalle corti giudiziarie.

Dal testo surriferito della prima parte dell'art. 741, si apprende che il precetto deve assegnare al debitore il termine di dieci giorni. Esso inoltre conterrà la intimazione *alla parte condannata* di consegnare i mobili o rilasciare gli immobili nel detto termine, sotto comminatoria di esecuzione forzata (art. cit., capoverso).

Si rammenti però che il precetto non è necessario quando la sentenza abbia prefinito il termine per la consegna od il rilascio e si proceda alla esecuzione dentro i centottanta giorni successivi alla sua notificazione (art. 565, v. n. 716). È perspicuo che ad ogni modo all'esecuzione non si può procedere se non dopo spirato il termine che la sentenza avrà assegnato; ora, il limite dei centottanta giorni essendo

stato stabilito per analogia al termine di perenzione del precetto, quando essi siano trascorsi la esecuzione non potrà più imprendersi se non ricominciando la procedura colla intimazione del precetto.

850. Al precetto per consegna o rilascio si può fare opposizione. Ma un punto singolarmente disputabile è questo: se la opposizione abbia effetto sospensivo sulla esecuzione. Le disposizioni speciali relative a questa forma di coazione non dànno alcun lume in proposito; onde vuolsi ricorrere alle regole date pei giudizi di spropriazione, per ragione di analogia, ed ai principii generali del diritto. Questi ultimi dettano la massima che nella sede esecutiva le opposizioni non producono effetto sospensivo (v. n. 725): ma poichè il rigore di essa è temperato nei giudizi di spropriazione di immobili, concedendosi il detto effetto alla opposizione spiegata nel termine del precetto (v. num. 766), così dovrassi applicare siffatto temperamento, sotto il vincolo della stessa condizione, nel caso della opposizione al precetto per rilascio d'immobili.

Circa gli appelli proponibili contro le sentenze proferite nei giudizi d'esecuzione per consegna o rilascio di beni, non recando la legge veruna disposizione particolare, giova ritenere che essi siano sottoposti ai termini ed alle regole ordinarie del procedimento di dichiarazione.

CAPO II.

Consegna forzata di beni mobili.

851. Questo processo esecutivo nella sua prima fase presenta analogia col pignoramento nei giudizi di spropriazione mobiliare. È necessaria infatti l'apprensione giudiziale delle cose da consegnarsi, per sottrarle al possesso dell'obbligato e trasmetterle al creditore. Anzi se vi è giusto timore di danno nel ritardo, il pretore può autorizzare la esecuzione immediatamente dopo la notificazione del precetto, o della sentenza recante assegnazione di termine per la consegna (art. 578).

Giova quindi distinguere fra l'ipotesi in cui le cose da consegnare siano in possesso del debitore condannato o si trovino detenute invece da un terzo. Nel primo caso l'usciere coll'assistenza dei testimoni si trasferisce nel luogo dove sono le cose ed ingiunge alla parte condannata, se è presente, di farne immediata consegna. Se essa non è presente o si ricusa alla consegna, l'usciere, erigendo analogo processo verbale in cui descrive le cose su cui cade l'esecuzione, effettua egli stesso la trasmissione al creditore. Il processo verbale è sottoscritto dall'usciere e dalle parti presenti. Se l'obbligato non è presente, copia del processo verbale deve essergli successivamente notificata (art. 742, 743).

852. L'articolo 744 prescrive: « Il processo verbale è depositato immediatamente nella cancelleria della pretura *per essere unito alla sentenza*. Se la *sentenza* non sia stata pronunziata dal pretore del mandamento in cui fu eseguita, il cancelliere deve trasmettere *al detto fine*, nel termine di dieci giorni dalla esecuzione, il processo verbale in originale *al cancelliere dell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza* ».

Basta leggere queste disposizioni per rendersi convinti che fu propriamente volontà del legislatore di non ammettere per l'esecuzione forzata per consegna o rilascio altri titoli esecutivi che non siano sentenze, come si disse al numero 848.

853. Se le cose da consegnare sono detenute presso un terzo si procede al pignoramento nella forma stabilita dall'art. 611 (v. nn. 755, 756). Nel relativo atto si deve indicare la data della sentenza che assegnò il termine per la consegna, quando essa tenga le veci di precetto (n. 5 del citato art. 611). Dopo la dichiarazione del terzo il pretore ordina con sentenza la consegna al creditore. E questa sentenza diviene titolo esecutivo per poter agire esecutivamente in confronto del terzo, nella forma indicata dianzi al n. 851. Sorgendo controversie si seguono le norme spiegate nel capo quinto, titolo secondo, del presente libro.

CAPO III.

Rilascio forzato d'immobili.

854. Allo spirare del termine del precetto o della sentenza, l'usciere a richiesta del procedente notifica con semplice atto alla parte condannata il giorno e l'ora in cui si recherà sul luogo per la esecuzione. Tra la notificazione ed il giorno destinato deve correre un intervallo di due giorni almeno e la notificazione stessa vale citazione alla parte condannata, affinchè volendo possa trovarsi presente (articolo 745). Non v'è motivo per escludere che la notificazione possa essere fatta prima che sia scaduto effettivamente il termine del precetto o della sentenza, a patto che il giorno indicato per l'esecuzione sia nella dovuta misura al di là del termine.

855. Per la esecuzione si fa un processo verbale a ministero dell'usciere, con assistenza di testimoni, analogo a quello prescritto per la consegna delle cose mobili, nel medesimo devesi in ispecialità contenere la dichiarazione dell'uffiziale procedente di immettere l'istante nel possesso dell'immobile indicato nella sentenza, con ingiunzione alla parte condannata di non turbarlo e di non più ingerirsi nell'immobile rilasciato, sotto le pene stabilite dal codice penale (articoli 746, 747).

Se vi siano nello stabile coloni, affittuari, inquilini od altri detentori, l'usciere deve fare riconoscere anche da essi l'istante come legittimo proprietario o possessore (art. 746), il che pure sarà menzionato nel verbale.

856. L'immobile, se così è richiesto dalle circostanze, deve passare a chi vi ha diritto, libero da ogni ingombro di cose mobili ad altri appartenenti. Su di che stabilisce l'art. 748 che nel processo verbale l'usciere abbia a far cenno dei mobili di spettanza della parte condannata rinvenuti nello stabile e dei provvedimenti che esso avrà dati per il loro immediato trasporto in altro luogo, sotto opportuna custodia a spese della parte condannata, quando questa sia assente,

ovvero trovandosi presente ricusi di asportare i detti mobili dietro l'ingiunzione dell'uffiziale. Il creditore procedente può nondimeno consentire egli stesso a custodirli in via precaria.

Ma qualora i mobili trovati siano colpiti da pignoramento o da sequestro, la parte che ottiene il rilascio dell'immobile deve tollerarne la momentanea conservazione nel medesimo e chiedere all'autorità competente le determinazioni relative al loro trasporto ed alla custodia, in contraddittorio degli interessati (art. 749).

857. Non è indicato dove e come s'abbia da depositare il processo verbale dell'esecuzione. Militano però le ragioni della più stretta analogia per ritenere applicabile il disposto dell'art. 744 (v. n. 852).

La forma della esecuzione per rilascio è uguale tanto nel caso in cui sia l'immobile detenuto dalla parte condannata come se lo detenga un terzo; il che d'altronde è dimostrato dalla disposizione indicata nella seconda parte del numero 855.

TITOLO VII.

ARRESTO PERSONALE

858. Della origine storica di questo mezzo di esecuzione forzata abbiamo fatto brevi cenni al n. 694 e segg., nè ai limiti di questa trattazione è consentito di ampliarli. Le legislazioni moderne, dopo avere modificato il concetto antico dell'arresto per debiti, accogliendolo come un mezzo *per sperimentare la solvibilità del debitore*, riconobbero essere questa la più irrazionale delle idee e quasi tutte finirono col cancellarne il nome dai codici civili e commerciali. Un poco più tardi di altri paesi civili, colla legge del 6 dicembre 1877. anche l'Italia ha veduto proclamata l'abolizione dell'arresto personale per debiti in materia civile e commerciale contro nazionali e stranieri (articolo 1 citata legge). Sono state però stabilite due eccezioni a questo principio nei termini seguenti:

a) Per l'esecuzione delle condanne a restituzione, risarcimenti di danni e riparazioni, pronunziate da *giudici penali* contro gli *autori* e i *complici di crimini e delitti* (esclusi quindi i loro *eredi* ed escluse del pari le persone *civilmente responsabili*), l'arresto è mantenuto; perciò, qualora il creditore ne faccia istanza (1) *deve* essere dal giudice pronunziato (art. 2 legge citata);

b) Per l'esecuzione delle medesime condanne e contro le indicate persone, nei casi di *contravvenzioni*, il giudice penale ha la *facoltà* di pronunziarlo (capov. art. cit.);

---

(1) Per pronunziare l'arresto per debiti è sempre necessaria l'istanza della parte interessata, giusta la disposizione dell'art. 2093 del codice civile.

c) Ed ha infine consimile *facoltà il giudice civile*, per le restituzioni, i risarcimenti di danni e le riparazioni derivanti *da un fatto punito dalla legge penale* (art. 3).

Queste disposizioni eccezionali furono giustamente criticate (1). Infatti non è lecito considerare l'arresto nei casi predetti come *una pena ulteriore* a quella comminata dalle leggi punitive, giacchè ciò costituirebbe una flagrante violazione dei generali principii di giustizia. Bisogna dunque ancora spiegarlo (e così infatti fu inteso) in base a quel criterio di cui si volle far repudio, vale a dire quale esperimento di solvibilità del debitore. Ma in questo aspetto è riconosciuto come lesivo delle regole fondamentali del diritto; la personalità dell'uomo non può servire di *mezzo* per lo esperimento del diritto; essa è *il fine* della tutela giuridica sociale. Dal punto di vista economico è assurdo che per *sperimentare la solvibilità* d'un cittadino lo si ponga nell'impossibilità di lavorare liberamente e quindi di trarre dalla propria opera il lucro necessario per essere solvibile. Arroge che l'arresto pronunziato in via sussidiaria ad una condanna per contravvenzione può avere una durata sproporzionatamente superiore a quella della pena vera e propria; anzi è perfino possibile che la sanzione punitiva di cui l'arresto sarebbe l'accessorio, consista in una *multa* od in una *ammenda;* onde si palesa quanto sia ingiusto il mantenerlo, sia pure nei limiti segnati dalla legge del 1877.

859. Le disposizioni generali che governano questa forma di esecuzione forzata, riguardano le condizioni e la misura della sua applicazione e le persone che vi possono essere assoggettate. Esse si desumono dall'articolo 4 della legge citata e dal titolo XXVII del libro III del codice civile in quanto non fu dalla legge medesima abrogato.

L'arresto non può avere durata *maggiore* di *un anno* per le obbligazioni nascenti da crimini, di *sei mesi* per quelle nascenti da delitto, di *tre* per quelle nascenti da contravvenzioni; per queste ultime la sua misura *minima* è fissata a *tre giorni*. Così l'articolo 4 della legge. Dichiara poi l'articolo 2101 del codice civile che deve essere ordinato *colla*

---

(1) MATTIROLO, VI, n. 1046 e seguenti.

stessa sentenza che pronunzia la condanna; e l'art. 2103 soggiunge che il debitore il quale ha subìto l'arresto personale non può più essere arrestato o ritenuto per debiti *contratti prima dell'arresto ed esigibili al tempo del rilascio*, salvo che per tali debiti siavi luogo ad un arresto più lungo, nel periodo del quale però sarà computato il tempo della prima detenzione.

In ogni caso il debitore può liberarsi dall'arresto personale pagando un quarto della somma dovuta cogli accessori e dando cauzione pel residuo; l'autorità giudiziaria gli consente allora una dilazione conveniente affinchè si ponga in grado di integrare il pagamento (art. 2104 codice civile).

Di fronte al tenore degli art. 2 e 3 della legge del 1877 non ha più importanza speciale la prima parte dell'art. 750 del codice di procedura, che stabiliva non potersi procedere all'arresto se non in virtù *di sentenza*, essendo manifesto che pei casi in cui è tuttora ammesso occorre sempre una sentenza. In relazione all'art. 3 della predetta legge sta bene ricordare l'art. 2100 del codice civile, che vieta di ordinare l'arresto per l'esecuzione di sentenze proferite da arbitri.

Il rammentato art. 750 del codice di procedura pone inoltre per condizioni alla eseguibilità dell'arresto, che la sentenza sia passata in giudicato o che ne sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria *quanto all'arresto.* Il ricorso per cassazione e la domanda per rivocazione sospendono l'esecutorietà per questo capo delle sentenze proferite in grado di appello, a meno sia stata ordinata espressamente la esecuzione provvisoria, sempre vincolata a cauzione, non ostante i detti rimedi (1).

860. Chi è debitore di una somma principale minore di lire cinquecento non può essere arrestato (art. 2096 cod. civ.); e per la necessità di interpretare la legge nel senso più benigno è da ritenere che non sia lecito sommare obbligazioni fra loro distinte, quantunque riconosciute in un medesimo giudizio, per rendere possibile la coazione personale.

---

(1) Non ci occupiamo dell'arresto del fallito che può essere ordinato dal tribunale giusta l'art. 695 codice di commercio, giacchè non si tratta di una misura *esecutiva*. bensì di un provvedimento di *polizia giudiziaria* correlativo al procedimento penale per bancarotta.

È parimente vietato l'arresto contro i minori e le donne in generale, e contro gli individui che hanno oltrepassato il sessantacinquesimo anno di loro età; ed è vietato ancora nei rapporti particolari fra coniugi, fra ascendenti e discendenti, fratelli e sorelle, affini sino al secondo grado, zii e nipoti (art. 2097, 2098 cod. civile).

861. Quanto alla forma di procedervi, l'arresto, come ogni altro mezzo di esecuzione, deve essere preceduto dall'atto di precetto recante in questo caso l'assegnazione del termine di *dieci giorni* (art. 751 cod. procedura). Esso viene eseguito da usciere munito dalla parte istante di mandato speciale ed assistito da due testimoni (art. 752). L'usciere non può entrare nella casa di abitazione del debitore od in qualunque altra per ricercarlo, senza un permesso scritto del presidente del tribunale o del pretore del luogo. Non può nemmeno eseguire l'arresto nelle ore considerate notturne dall'art. 42 (v. n. 52), nei giorni di festa, nei luoghi destinati al culto durante le funzioni religiose, nei luoghi di adunanza di pubbliche autorità durante le adunanze, nei casi in cui il debitore trovandosi sotto le armi adempie un servizio comandato, nè quando egli venga munito di salvacondotto per potersi presentare a qualche autorità giudiziaria da cui sia chiamato a deporre in qualità di testimone (art. 753 e 754).

862. Dell'arresto si fa processo verbale contenente tutte le indicazioni dalla natura di quest'atto richieste (art. 758); di esso viene consegnata dall'usciere una copia al debitore ed un'altra al custode che lo riceve nel luogo di detenzione (art. 759); codesto luogo, destinato dall'autorità amministrativa, deve essere separato da quello dove si custodiscono i detenuti per reati (art. 757, capov. 1°). Il debitore arrestato, prima di esservi tradotto, può chiedere all'usciere di essere sentito dal pretore o dal presidente del tribunale (a seconda che il valore della sua obbligazione sia di competenza della pretura o del tribunale), per proporre quelle istanze che creda di proprio interesse e sulle quali il magistrato ha facoltà di pronunziare anche senza assistenza del cancelliere (art. 755); l'usciere è obbligato ad assecondare tale domanda sotto pena di multa e risarcimento di danni (articolo 756).

Prima che si possa ricevere in detenzione un debitore, il creditore deve aver depositato una somma (nella misura stabilita dai regolamenti amministrativi), per il di lui mantenimento e per una durata non minore di giorni trenta (art. 761). Quando poi l'usciere consegna la persona arrestata al custode, deve presentargli insieme la copia in forma esecutiva della sentenza che ha ordinato l'arresto, la quale è trascritta a cura del custode stesso in apposito registro, dove s'inserisce pure la copia del processo verbale rimessa similmente dall'usciere (art. 760).

Tutte le formalità che qui abbiamo sommariamente indicate, compresa la fedele osservanza delle disposizioni particolari che riguardano la redazione del processo verbale di arresto, devono essere adempiute a pena di nullità (articolo 762).

863. Il caso di *conferma in arresto* sopra istanza di altro creditore, subordinatamente alla condizione specificata dianzi al n. 859, è ben difficile ormai che si verifichi. Basti accennare che vi si deve procedere a pena di nullità nelle forme stabilite per il processo verbale dell'arresto, eccettuata la presenza dei testimoni; che la conferma in arresto può giovare al creditore anche per trattenere in detenzione il debitore che stia scontando una pena ed ha effetto dal giorno in cui l'espiazione di questa è compiuta; che infine il creditore confermante è tenuto agli alimenti dall'istante in cui la conferma produce il suo effetto (art. 763, 764, 765).

864. La nullità dell'arresto o della sua conferma fa sorgere il diritto nel debitore alla propria liberazione (articolo 766, num. 1). La domanda per nullità è proposta al tribunale civile od alla pretura nella cui giurisdizione il debitore è detenuto, colle consuete forme contradditoriali, secondo il valore della obbligazione per cui l'arresto fu effettuato (art. 767). La dichiarazione di nullità può essere accompagnata dalla condanna al risarcimento dei danni a carico del creditore istante od anche dall'usciere, quando la nullità sia a costui imputabile (art. 768). Per altro la dichiarazione stessa non fa cessare la detenzione del debitore se egli trovisi precedentemente confermato in arresto in modo regolare per istanza di altro creditore (art. 769).

Quando siasi fatto luogo alla liberazione, il debitore non può essere nuovamente arrestato ***per lo stesso debito*** se non decorsi cinque giorni successivi (art. 770).

865. Altro titolo per cui l'individuo arrestato può ottenere la liberazione definitiva è il pagamento del debito (art. 776, n. 2), salvo inoltre quanto indicammo al n. 859 circa la liberazione provvisoria che si ottiene col pagamento parziale. Affinchè il pagamento possa conseguire effetto immediato nei riguardi della cessazione dell'arresto, è riconosciuta sufficiente la consegna fatta al custode, nel luogo della detenzione, della somma corrispondente all'ammontare del debito o dei debiti per cui furono eseguiti l'arresto e le eventuali conferme, in capitale, interessi e spese. Tale consegna, quantunque la legge non lo esprima, dovrà poi essere per cura del debitore notificata ai creditori. Se questi non ritirano gli importi loro dovuti nel termine di quindici giorni, il custode ne farà deposito nella cassa dei depositi e prestiti (art. 771). La consegna fatta al custode libera il debitore anche dalla obbligazione personale, essendo chiaro che la legge volle considerarla come vero e proprio pagamento. Non potrebbe invece essere consegnato al custode l'ammontare del *quarto* del debito per ottenere la liberazione provvisoria a sensi dell'art. 2104 del cod. civile; il pagamento nelle mani del custode è di carattere eccezionale e la legge lo permette nell'art. 771 del cod. di proc. che contempla l'ipotesi del pagamento integrale, mentre ne tace nel detto art. 2104.

866. Un terzo motivo di liberazione è il consenso di tutti i creditori ad istanza dei quali ebbero luogo l'arresto e le conferme (art. 766, n. 3). Perchè di siffatto consenso risulti in modo certo e solenne, vuole la legge che esso sia manifestato in atto notarile da inserirsi nel registro del luogo di detenzione, ovvero con dichiarazione fatta nel registro medesimo e sottoscritta dai creditori, da due testimoni idonei e dal custode (art. 772).

867. È pronunziata la liberazione anche per l'età del debitore (art. 766, n. 4); sia che egli comprovi di non essere maggiorenne, o sia che giustifichi legalmente di avere oltrepassato prima o dopo l'arresto l'anno sessantesimoquinto (articolo 773).

868. Nei casi ora detti (nn. 865, 866, 867), la domanda per liberazione è proposta alla pretura od al tribunale, secondo le norme della competenza rispettiva (n. 864). Essa è fatta dal debitore con semplice ricorso da lui sottoscritto. Nel caso di consegna delle somme al custode, il ricorso deve essere accompagnato dalla dichiarazione di costui di averle ricevute; negli altri casi si uniscono alla domanda gli opportuni documenti giustificativi. La liberazione è pronunziata con sentenza. Tanto le sentenze che dichiarano la liberazione per alcuno dei menzionati titoli, come quelle proferite sulle domande di nullità dell'arresto, possono essere dichiarate provvisoriamente esecutive anche d'uffizio e sono appellabili nel termine di quindici giorni dalla notificazione (articoli 776 e 777).

869. Infine il debitore viene liberato d'uffizio scaduto il termine della detenzione; e così pure quando, esaurita la somma anticipata dal creditore per gli alimenti, l'anticipazione non sia stata in tempo utile rinnovata. In questo caso l'arresto pel medesimo debito non potrebbe essere eseguito una seconda volta (art. 766, nn. 5 e 6, art. 774 e 775).

LIBRO QUARTO

PROCEDIMENTI SPECIALI

PREMESSA

870. Quantunque abbiamo dato a quest'ultima parte della nostra trattazione un titolo uguale a quello che porta in fronte il libro terzo ed ultimo del codice dì procedura, il contenuto non ne può essere identico. Il legislatore, sotto il nome di *procedimenti speciali,* ha riunita una quantità di materie disparate, tenendo per criterio principale del loro raggruppamento una particolarità esteriore inconcludente, quella cioè che in siffatte materie il modo di proporre la domanda all'autorità giudiziaria è, o può essere, al principio ovvero in qualche fase preparatoria del procedimento, il *ricorso* (art. 779). Niun criterio più empirico ed inesatto poteva essere accolto, nel mentre esso non solamente è inetto a caratterizzare l'indole e lo scopo di ciaschedun procedimento, ma inoltre non ha in tutti i casi eguale significazione ed importanza anche dal punto di vista del semplice meccanismo processuale. Per dirne qualche esempio nel procedimento per l'azione civile contro le autorità giudiziarie, il ricorso non serve ad altro che a provocare l'autorizzazione preventiva del magistrato superiore per l'istituzione del giudizio; nella procedura per sequestro conservativo esso è diretto ad ottenere l'attuazione d'una cautela patrimoniale, ma a pena d'inefficacia deve tosto essere seguìto dalla citazione; negli atti di volontaria giurisdizione il ricorso è, al contrario, il mezzo vero e proprio di proporre la domanda che costituisce la finalità del procedimento. In ciascuno di

questi casi il ricorso ha dunque carattere ed effetto diversi che negli altri; e male ragionerebbe chi ponesse i tre procedimenti indicati in una sola famiglia, solo perchè vi trova comune all'esordire la forma del ricorso.

871. Fedeli al proposito di esporre la procedura civile in un ordine *logico*, abbiamo già spostato talune materie importantissime che stanno nel terzo libro del codice; e precisamente, dei *sequestri* trattammo come incidenti del giudizio di dichiarazione; delle *denunzie di nuova opera e di danno temuto*, come parte delle regole del procedimento dinanzi i pretori; *dell'esecuzione degli atti e sentenze straniere*, come di argomento che appartiene alle nozioni generali del giudizio esecutivo. Ora ci rimane tuttavia da esaminare molta parte delle discipline contenute nel terzo libro predetto; e la difficoltà maggiore che incontriamo sul principio è quella relativa alla loro classificazione. La divisione che ne fa la legge non può essere seguìta; occorre invece distinguere tra *gli affari contenziosi* soggetti a procedimento speciale e *gli affari di volontaria giurisdizione*. Negli uni come negli altri l'uso di *ricorsi*, le *deliberazioni in camera di consiglio*, il provvedere in molti casi mediante *decreti*, sono elementi esteriori di una qualche importanza, sebbene non costanti; ma non sono estremi sostanziali nè caratteristici. Gli affari contenziosi, quantunque regolati con procedimento speciale, hanno per substrato l'esistenza di un *conflitto fra i diritti* personali o patrimoniali di due cittadini, mentre negli affari di giurisdizione volontaria l'intervento del magistrato serve a provvedere *sopra interessi di persone incapaci* o parificate agli incapaci, con guarentigia di buoni criteri amministrativi ed economici (v. vol. I, nn. 29, 30).

Ond'è che nei primi si fa luogo, per la maggior parte dei casi, a definizione del procedimento speciale mediante *sentenza* come si addice alla risoluzione di una vera e propria controversia; nei secondi il *decreto* è la forma di provvedimento definitivo più generale, non occorrendovi un atto suscettivo di acquistare l'autorità della *cosa giudicata*. Ma pur talvolta nei procedimenti stessi di volontaria giurisdizione l'assoluta purezza di questo carattere non mantiensi: un *conflitto giuridico* vi si produce sia accidentalmente, o

sia per naturale conseguenza dello scopo a cui si mira. E da ciò deriva che in alcuni casi la forma di rito speciale propria alla giurisdizione volontaria richiegga il sussidio di quella del rito contenzioso ordinario e si abbiano così procedimenti di forma *mista*. La classificazione loro dovendo essere fatta in conformità all'oggetto principale ed al carattere prevalente, noi li ascriveremo tuttavia alla giurisdizione volontaria.

872. Pertanto divideremo i procedimenti speciali disciplinati dal codice nel terzo libro nelle due categorie preaccennate degli affari contenziosi e di quelli di giurisdizione volontaria. Ma con ciò non avremo esaurito per intiero il còmpito destinato a questa parte della nostra esposizione. Essa deve comprendere tutto quanto nella procedura civile è soggetto a norme di rito speciali, distinte da quelle ordinarie dichiarative od esecutive. È per tale motivo che abbiamo riservato di toccare qui brevemente della giurisdizione dei consoli e dei tribunali consolari e delle forme di procedere presso codeste magistrature; del pari è qui che collocheremo lo studio delle regole relative al compromesso ed al giudizio per mezzo di arbitri. Questi due argomenti ci occuperanno per ultimi, avendo essi una comprensione più generale di quella degli istituti disciplinati nel terzo libro del codice e riferendosi ad attribuzioni di autorità diverse dai magistrati ordinari. Insieme con uno dei predetti istituti speciali del codice, e precisamente coll'*azione civile contro i magistrati*, poniamo inoltre, per ragione di affinità razionale, l'analisi delle regole che riguardano la loro *ricusazione* od *astensione*, che il legislatore ha collocate in tutt'altra sede, avendole esso considerate, con un criterio alquanto arbitrario, come parte delle norme sulla competenza.

TITOLO I.

AFFARI CONTENZIOSI DI COMPETENZA ORDINARIA

CAPO I.

Garanzie personali contro i magistrati.

SEZIONE I. — *Ricusazione ed astensione dei giudici.*

873. Non basta che contro le sentenze errate od ingiuste siano apprestati rimedi alle parti che se ne ritengono gravate. È opportuno che una savia legislazione preveda anche il caso di maltalento doloso dei magistrati e contro di esso disponga un duplice ordine di cautele; quelle *preventive*, destinate ad impedire che il giudice del quale si ha grave ragione di sospettare le preconcette sfavorevoli tendenze in danno d'uno dei litiganti, sia ammesso in di lui confronto ad esercitare il suo uffizio; quelle *repressive*, aventi per iscopo di riparare alle conseguenze di atti o di omissioni dolose di cui il giudice siasi reso imputabile. La esistenza di simili cautele, quando siano opportunamente disciplinate, non può dar luogo ad abusi da parte dei privati. Importa infatti che esse vengano regolate per modo che niuno sia indotto a profittarne con leggerezza e come di mezzi di tergiversazione. Ed è allora che la legge la quale le detta ottiene il salutare intento di rafforzare la fiducia dei cittadini nel potere giudiziario e di preservare l'opera di questo da attacchi vaghi ed inconsulti suggeriti dalla mala fede. Al tempo stesso, per guarentigia doverosa verso il nobile ceto dei magistrati è indispensabile che le controversie che possono insorgere sull'applicazione delle accennate discipline ricevano una definizione

pronta ed autorevole, preceduta da atti istruttorii i quali da un lato schiudano la via alla verità per farla emergere in tutta la sua pienezza, dall'altro permettano al giudice di difendersi contro accuse vacue ed immeritate.

A prevenire il pericolo che il magistrato giudichi una controversia collo spirito preoccupato da influenze che scemerebbero l'imparzialità o la serenità del suo discernimento, serve l'istituto della *ricusazione*, al quale è posto accanto con molta convenienza di criterio quello della *astensione volontaria*. A reprimere le azioni od omissioni dolose nell'esercizio delle funzioni giudiziarie è istituita invece l'*azione civile contro le autorità giudiziarie*. L'uno o l'altro istituto sono applicabili non meno alla giurisdizione contenziosa che alla volontaria e si estendono anche agli uffiziali del ministero pubblico nei casi in cui può la loro ingerenza o la loro responsabilità trovarsi impegnata in condizioni analoghe a quella dei giudici.

874. La sede data dal codice alle disposizioni riguardanti la ricusazione e l'astensione dei giudici è nel titolo della *Competenza*. Soltanto una ragione di lontana analogia esteriore può attribuirsi a questo collocamento, il quale non ha verun motivo logico in suo favore.

I casi di ricusazione dovevano essere tassativamente determinati; e nello indicarli era savio consiglio pel legislatore di escludere i motivi che non presentassero un grado di gravità morale tanto notevole da giustificare l'eccezionalità del provvedimento. Non volendosi pertanto lasciare nulla di indeterminato in questa delicata materia, fu designata nell'art. 116 la serie dei motivi leciti di ricusazione, al di fuori dei quali non è permesso di riconoscerne efficace alcun altro. Essi sono:

1° l'*interesse* che il giudice abbia nella controversia;

2° la sua *parentela* od *affinità*, sino *al quarto grado inclusivamente*, con una delle parti;

3° l'*affinità*, sino al quarto grado inclusivamente, *della di lui moglie* con alcuna delle parti in causa, *o di lui colla moglie* di una di esse. Se la moglie sia morta, il motivo di ricusazione sussiste quando siavi prole superstite, e si tratti di suocero, genero o cognato;

4° l'avere egli, o la di lui moglie, od alcuno dei suoi congiunti od affini in linea retta, *interesse* in altra lite vertente, nella quale debba risolversi *una questione identica in diritto;*

5° l'essere egli, o la moglie, od alcuno dei suoi congiunti od affini in linea retta, *creditore* o *debitore* verso uno dei litiganti, o l'avere alcuna delle indicate persone *una lite pendente* innanzi ad una magistratura, sia pur collegiale, a cui uno dei litiganti *appartenga come giudice;*

6° l'essersi agitato nel precedente quinquennio *un processo criminale o correzionale* tra una delle persone testè indicate ed uno dei litiganti, od il suo coniuge, od i suoi congiunti od affini in linea retta;

7° l'esistere *lite civile* tra alcuna delle persone suindicate ai nn. 4 e 5 e una delle parti, o l'essersi tale lite agitata e non definita sei mesi almeno prima della ricusazione;

8° l'essere il giudice *tutore, curatore, protutore, agente, erede presunto, donatario, padrone* o *commensale abituale* di una delle parti, ovvero *amministratore* o *gerente* di una società, unione, direzione, o di uno stabilimento che abbia interesse nella causa; od infine l'essere una delle parti *agente, commensale, abituale, donataria* od *erede presunta* del giudice;

9° l'avere il giudice *dato consiglio* o *prestato il suo patrocinio nella causa,* o l'avere fatte somministrazioni *per le spese della medesima,* o l'averne in precedenza *conosciuto come giudice di prima istanza,* o come *arbitro,* oppure l'avere in essa concluso come *uffiziale del ministero pubblico,* o deposto come *perito* o come *testimonio;*

10° l'essere *parente od affine* in linea retta senza limite di gradi od in linea collaterale, sino al terzo grado inclusivamente, *di uno degli avvocati o procuratori* che difendono la causa;

11° infine, l'esistenza di *inimicizia grave* fra il giudice ed uno dei litiganti.

Per contro non vi ha motivo di ricusazione se il giudice sia parente od affine del tutore, o protutore, o curatore di una delle parti, oppure di uno degli amministratori o gerenti, dello stabilimento, società, direzione od unione

di persone aventi interesse nella lite, purchè l'amministratore o gerente non vi abbia *interesse personale* (art. 117).

875. La ragione di ciascheduno dei titoli di ricusazione suenunciati è abbastanza manifesta per non abbisognare di schiarimenti. È opportuno di notare, intorno all'*interesse* di cui si fa menzione nei num. 1, 4, 8 dell'art. 116, che può trattarsi di un interesse giuridico di qualunque specie; e quindi l'espressione ha un significato talvolta più ampio di quello datole nell'art. 36; però il semplice *interesse morale*, che è di incerta verificazione e di misura indeterminata non s'intende contemplato dalla legge. Quanto ai vincoli di *parentela*, benchè siano considerati nelle relazioni fra il giudice *ed una delle parti*, non avrebbero diverso valore se esistessero fra lui *ed entrambe le parti*, e così quelli di affinità; la parentela *naturale* è da parificarsi per questo effetto alla *legittima*. La qualità di *creditore* o *debitore*, a cui accenna il n. 5, si riferisce alla esistenza di qualunque credito o debito effettivo; concordano quindi gli autori nel ritenere che non si possa dire debitore il conduttore verso il locatore, se non vi sono rate di fitto o pigione scadute ed insolute. È pur comune insegnamento che la *modicità* del credito o del debito dirime il sospetto di parzialità e con esso il titolo per la ricusazione.

L'articolo 118 dichiara che sono applicabili i motivi di ricusazione dei giudici agli uffiziali del ministero pubblico quando esso non agisca come parte principale nella causa; e soggiunge che lo sono altresì ai pretori (ed oggi eziandio ai conciliatori) *anche* quando presiedono i consigli di famiglia, il che fa intendere, secondo abbiamo già detto, che l'istituto in esame si applica alla giurisdizione volontaria del pari che alla contenziosa.

876. La ricusazione è una misura per la difesa del proprio interesse accordata alle parti. La regola generale imperante è che il giudice non si presume nè parziale nè corrotto; laonde quando pure concorra taluno dei preindicati motivi, il silenzio delle parti interessate toglie ogni difetto al giudizio. Per conseguenza ove la ricusazione non sia proposta nei termini stabiliti dalla legge si avrà per inammissibile. In verun caso poi essa ha effetto sopra gli

atti anteriori (art. 131). Per altro lato è ammesso che la ricusazione possa essere proposta, verificandosene un motivo legale, da qualunque delle parti in causa e quindi anche da quella che apparentemente potrebbe reputarsi favorita dal vincolo che passa tra essa ed il magistrato.

877. A garantire l'istituto della ricusazione contro ogni possibilità d'abusi era necessario di stabilire che intorno ad essa abbia luogo un *giudizio*, sì che possa venire respinta quando la si riconosca infondata. Nel quale caso, trattandosi di un atto vessatorio e defatigatorio, che il più delle volte ferisce l'onorabilità o la delicatezza del magistrato, era pur legittimo sottoporre ad una pena il temerario ricusante. A ciò provvede l'art. 127 coll'ordinare che la sentenza la quale rigetta la ricusazione condanna il proponente in una multa che può estendersi a lire centocinquanta. Ed è altresì riconosciuto nel giudice il diritto di agire per riparazione d'ingiuria, prescrivendogli però il citato testo che egli si astenga dal pronunziare nella lite, qualora intenda valersi di simile facoltà.

Per regola generale il giudizio sulla ricusazione è di competenza dell'autorità giudiziaria a cui appartiene il magistrato ricusato (art. 120). L'applicazione di questa regola non riesce possibile in due casi: 1° quando si ricusi un giudice singolo (pretore o conciliatore); 2° quando per la ricusazione di più membri d'un collegio giudiziario, non siavi un numero sufficiente di giudici non ricusati che possa pronunziare sulla ricusazione. Poichè non ha bisogno di essere dimostrato che il magistrato contro il quale essa è proposta non deve prender parte al giudizio circa la sua ammissibilità. Per la prima ipotesi pertanto il citato art. 120, nel capoverso, dispone che la cognizione dei motivi di ricusazione d'un conciliatore appartiene al pretore e quella dei motivi di ricusazione d'un pretore al tribunale civile, da cui rispettivamente dipendono. E siccome, se fosse possibile l'applicazione della regola generale, i magistrati a cui per tal modo è deferito il giudizio ne dovrebbero conoscere in sede d'appello, così la legge opportunamente dichiara le loro sentenze inappellabili (art. 128). Per la seconda ipotesi è provveduto soltanto rispetto alla ricusazione di più giudici

d'un tribunale; ed è determinato che in tal caso, su domanda della parte, la corte d'appello destina un altro tribunale a conoscere della ricusazione; ove questo l'ammetta, esso medesimo giudicherà poi nel merito della causa (art. 126).

Il perchè codesta disposizione sia data solamente nei riguardi dei tribunali e non anche delle corti d'appello, si deve ricercare nella considerazione che vi sono tribunali composti di un numero assai esiguo di giudici, per guisa da riescire possibile la eventualità preveduta dalla legge, anche se la ricusazione si diriga contro due o tre di essi; mentre ciò, rispetto all'organico delle corti d'appello non può verificarsi. Quando pure avesse luogo una ricusazione *in massa* dei consiglieri d'una corte d'appello, il silenzio della legge obbliga a ritenere che sulla ricusazione dovrebbe pronunziare la stessa corte. Quanto alla corte di cassazione, essendo unica per l'essenza del suo istituto, era naturale che non si concepisse la possibilità di traslazione del giudizio ad altro collegio, sebben fra noi per straordinarie circostanze trovisi tuttora frazionata in cinque collegi (1). Qualunque sia il dissentimento che altri creda di poter opporre al criterio che guidò il legislatore, la volontà sua è abbastanza chiara nel testo perchè non sia permesso di alterarne la significazione.

878. La ricusazione viene proposta con ricorso al presidente del tribunale o della corte, nel quale devonsi indicare *i motivi* ed i *mezzi di prova.* Per l'importanza dell'atto vuolsi la sottoscrizione della parte o di un suo procuratore munito di mandato speciale. Siccome però il bisogno di ricusare un giudice sorge talvolta improvviso all'udienza, così per la presentazione del mandato speciale l'autorità giudiziaria può accordare congrua dilazione (art. 123).

Il ricorso deve essere presentato almeno *tre giorni* prima dell'udienza, quando al ricusante sia noto il nome dei giudici

---

(1) In questo senso si vegga la sentenza 2 dicembre 1878 della cassazione di Roma (*Foro it.*, anno 1879, col. 16). Gli autori in generale sono di contrario avviso; ma è chiaro il loro torto di aggiungere alla legge ciò che non contiene. Il Mattirolo (I, n. 1068, nota) e il Cuzzeri (sull'art. 126) seguono l'opinione da noi esposta, soltanto nei riguardi della corte di cassazione.

o dell'uffiziale del ministero pubblico che in quell'udienza dovranno sedere, ovvero *prima della discussione* nel caso contrario (art. 121). Se si tratti di ricusare il giudice delegato per l'esecuzione di una prova o di altro atto d'istruzione, deve essere proposto il ricorso entro *giorni tre* da quello in cui divennero esecutivi la sentenza od il provvedimento di delegazione (art. 122). La ricusazione di un pretore o di un conciliatore si fa mediante dichiarazione depositata nella cancelleria rispettiva *prima della discussione* (cit. art. 121).

879. È giusto non meno che naturale che il magistrato contro il quale la ricusazione eleva sospetto, forse ingiurioso, sia ammesso a contraddirne il fondamento. Ma era opportuno, pel decoro della magistratura, di evitare una discussione in contraddittorio fra il giudice e la parte. Ond'è che allo scopo di rendere possibile, in forma acconcia, la presentazione delle difese, venne prescritto che l'atto originale di ricusazione sia dal cancelliere comunicato immediatamente al giudice od uffiziale ricusato. Dell'atto stesso è data conoscenza alle altre parti in causa, mediante notificazione fattane ad esse per copia. Dal giorno della comunicazione al giudice il corso della causa rimane sospeso. Per evitare però il danno della decorrenza di termini perentorii nella istruzione, l'autorità giudiziaria che deve conoscere della ricusazione può delegare ad altro giudice l'eseguimento degli atti pei quali v'è urgenza o disporre che vi intervenga un altro uffiziale del ministero pubblico (art. 124).

880. Nel termine di due giorni dalla ricevuta comunicazione il giudice od uffiziale ricusato deve presentare la sua risposta in iscritto *sulla sussistenza dei motivi di ricusazione*, stendendola in fine del ricorso e restituendo questo al cancelliere. Il quale rimette indi gli atti all'autorità competente pel giudizio. Se questa è un tribunale od una corte il presidente delega un giudice per farne relazione in camera di consiglio e stabilisce il giorno per la decisione (art. 125).

La *decisione* si dà per *sentenza;* questa per altro potrà non essere addirittura *definitiva*. Poichè dovendo il ricusante proporre i *mezzi di prova* dei motivi addotti (art. 123), nè la legge escludendo alcuni di questi mezzi, potrà talfiata

occorrere una sentenza interlocutoria per ordinare indagini d'istruzione sulla controversia. Questo forse è un difetto del procedimento in esame, dappoichè sarebbe stata buona cosa che si provvedesse ad assumere in via breve ed economica le prove ravvisate opportune, senza sottoporle alla lenta solennità delle forme ordinarie.

881. Contro le sentenze proferite dai tribunali in materia di ricusazione, salvo quanto si è detto nel n. 877, concedesi il rimedio d'appello. Il termine perentorio per introdurlo è di *cinque giorni* dalla notificazione della sentenza (v. n. 609). Lo si propone mediante atto ricevuto dal cancelliere del tribunale, contenente i *motivi* dell'appello e la indicazione dei documenti a sussidio del medesimo prodotti, i quali devono contemporaneamente essere depositati in cancelleria. Nei tre giorni successivi, il cancelliere del tribunale trasmette a quello della corte copia dell'atto di ricusazione e della risposta, della sentenza del tribunale e dell'atto d'appello, insieme ai documenti (art. 129). Sopra presentazione fattagliene dal cancelliere il presidente della corte ordina la trasmissione dell'incarto ad un consigliere perchè faccia relazione sull'affare in camera di consiglio. Pronunziata la sentenza della corte e speditane copia allo interessato che la richieda, le carte sono rinviate alla cancelleria del tribunale, con comunicazione del tenore della sentenza pronunziata (art. 130). Il giudice ricusato non ha qualità per appellare dalla sentenza che ammette la ricusazione poichè egli non è veramente parte in causa, od a meglio dire non ha *interesse giuridico* nella causa di ricusazione, non potendosi concepire che una persona sia *interessata a decidere una lite.* Nè ci sembra che abbia legittimo interesse all'appello la parte contraria al ricusante, poichè non può riconoscersi per interesse legittimo quello di sottoporre la propria causa *ad un giudice piuttosto che ad un altro.*

La sentenza che ammette la ricusazione ordina al giudice ricusato di astenersi dal pronunziare nella causa; se si tratta di pretore o di conciliatore, designa per deciderla altro magistrato di uguale grado, salvo che le parti concordino di sottoporre la lite al supplente ordinario (vice-pretore o vice-conciliatore) del giudice ricusato (capov. art. 128).

882. Obbedendo ad un criterio logico molto intuitivo, la legge ha stabilito il *dovere* pei magistrati di *astenersi* dall'esercizio delle loro funzioni rispetto a quelle liti per le quali conoscano esistere un motivo di ricusazione ancorchè non proposto. A migliore tutela del decoro e della delicatezza del ceto giudiziario è inoltre riconosciuta alle corti ed ai tribunali la *facoltà* di autorizzare alcuno dei propri membri alla astensione, anche per ragioni di convenienza non annoverate dalla legge fra i motivi di ricusazione (articolo 119).

Sezione II. — *Azione civile contro le autorità giudiziarie.*

883. La fiducia di cui la società investe il magistrato è grandissima ed egli deve meritarla col portare nello adempimento dei doveri del suo uffizio la più illibata integrità e la imparzialità più scrupolosa. In uno stato libero però, la migliore guarentigia data ai privati contro gli abusi illecitamente commessi da coloro a cui spetta l'esercizio dei poteri sovrani consiste nella responsabilità personale che si fa gravare sul funzionario colpevole. A questa legge di responsabilità personale non potevano essere sottratti i funzionari del potere giudiziario; anzi essi, incaricati di farla valere in confronto degli altri in caso di bisogno, dovevano prima e più particolarmente di tutti esservi assoggettati.

Era tuttavia necessario, per molti motivi, di stabilire nettamente i confini di codesta responsabilità dei magistrati. In primo luogo, più vasto che per gli altri funzionari dello stato è il campo in cui possono presentarsi occasioni di discutere della loro responsabilità. I funzionari amministrativi hanno una misura di poteri determinata da questa o da quella legge speciale che non solo traccia limiti precisi alle rispettive attribuzioni, ma disciplina coi proprii dettami la regolarità del loro operato. Ai magistrati invece è affidato un uffizio autonomo per la interpretazione e la applicazione delle leggi; per cui in un certo senso può apparire che il giudice sovrasti alla legge; od in altre parole, il giudice è bensì obbligato, in astratto, alla obbedienza della legge, ma vi è tenuto in conformità di quella interpreta-

zione che egli stesso stabilisce, secondo la sua coscienza e il suo raziocinio; laonde non può essere personalmente responsabile del modo in cui ne intende i precetti, qualunque siano di ciò le conseguenze. In secondo luogo, l'opera del funzionario amministrativo si svolge nella sfera di interessi generali e ben di rado si trova in conflitto con gli interessi od i diritti dei privati, per guisa che sono poche e non frequenti le occasioni in cui può derivarne al funzionario una responsabilità personale. L'opera del magistrato si svolge invece sempre nella sfera dei privati diritti ed interessi, e con influenza immediata sovra dei medesimi. Le sentenze dei giudici sono quasi inevitabilmente causa di malcontento e stimolo ad una reazione per colui che rimane vinto; onde non conviene certo di esporre i magistrati a subire responsabilità personale per le loro deliberazioni, se non in circostanze eccezionalissime, per non vedere il decoro stesso della magistratura diventare ludibrio delle passioni dei litiganti.

Per codeste e consimili ragioni, il principio generale stabilito dal codice civile in materia di delitti e quasi-delitti negli art. 1151 e 1152, riceve una limitazione rispetto ai giudici, i quali sono tenuti responsabili soltanto per il *dolo* e non mai per la *colpa*, sia *lieve* o sia *lata*. Tanto è sancito nell'art. 783 del codice di procedura, che sta a capo delle regole relative alla materia di cui ora ci occupiamo. Inoltre a salvaguardare i magistrati da attacchi ingiusti ed inconsulti, il procedimento pel quale si può ottenere che rispondano nei casi di dolo, è regolato da norme speciali.

884. Non per questo la colpa, lata o lieve, di un magistrato, rimane senza alcuna riparazione. A parte i provvedimenti disciplinari di cui si occupa la legge sull'ordinamento giudiziario, il codice di procedura coi vari mezzi per reclamare contro le sentenze porge opportunità di difesa a coloro che sono danneggiati dalla ignoranza, o dagli errori, o dalle omissioni anche non dolose dei magistrati. Ma la differenza fra codesti rimedi e l'istituto di cui ora parliamo consiste in ciò che i primi si dirigono contro l'*opera* del giudice ed hanno un carattere rigorosamente *obbiettivo*: il secondo si rivolge contro la *persona* di lui ed ha carattere

tutt'affatto *subbiettivo* (1). È pertanto molto acconcio ed espressivo il nome di *prise à partie* dato in Francia a questo istituto, poichè per lo appunto l'azione si esercita contro il giudice che diviene *parte in causa* ed è tenuto come tale a rispondere, difendersi e subire le condanne che abbia meritato.

L'azione civile per i fatti dolosi del magistrato non esclude poi a di lui carico l'esperimento dell'azione penale, quando il fatto assurga alla gravità di reato. In simile ipotesi è anzi da reputare che le indennità dovute ai privati in linea di risarcimento civile possano essere liquidate nello stesso giudizio penale, sicchè non occorra l'osservanza delle norme di procedimento speciale qui prescritte dalla legge se non nel caso di esercizio dell'azione civile in sede separata come sempre è facoltativo.

885. Il menzionato art. 783 stabilisce la responsabilità civile delle autorità giudiziarie: 1° quando nell'esercizio delle loro funzioni siano imputabili di dolo, frode, o concussione; 2° quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti, o tralascino di giudicare sopra affari che si trovano in istato di essere decisi; 3° negli altri casi dichiarati dalla legge. Il n. 1 contempla la responsabilità che può derivare da qualunque *fatto* del giudice, sia una di lui sentenza od altra specie di atto che non appartenga nemmeno al vero e proprio esercizio della giurisdizione; così vi si comprende la sottrazione di documenti che venisse operata in danno di una delle parti. Il n. 2 contempla invece le *omissioni*. Quanto al n. 3 è riconosciuto costituire un vero pleonasmo, giacchè se in alcuna legge speciale venissero stabilite altre cause di civile responsabilità dei magistrati, non potrebbe essere posta in dubbio la sua applicazione.

Un quesito importante riguarda il momento in cui la azione civile può essere promossa quando il danno deriva da una sentenza. Vi ha chi pensa essere necessario che siansi inutilmente esauriti tutti i rimedi possibili contro la

(1) L'azione civile, anche quando il danno sia recato mediante una *sentenza*, non ottiene l'effetto di far *riformare* il tenore della decisione, ma quello ben diverso di far condannare il magistrato colpevole al risarcimento dei danni dal suo fatto doloso cagionati.

decisione e che la parte in origine danneggiata non sia malgrado ciò riuscita a conseguire vittoria. Senza di ciò (osservasi) la deliberazione di che si tratta o *non reca danno*, o si deve considerare *accettata*, e non si può tenere responsabile il giudice che la proferì. Ma per verità il criterio è erroneo in duplice modo. L'aver conseguita riparazione in un giudizio superiore non esclude la possibilità di un qualche danno per l'indugio e le difficoltà che sonosi frapposte ad ottenere giustizia; il non avere impugnata la sentenza non significa averla accettata, poichè sappiamo essere cosa ben diversa l'accettazione dal passaggio in giudicato *ope legis*. Concederemo adunque che se venga prestata *formale acquiescenza* rimanga preclusa la via dell'azione civile; ma fuori di questa ipotesi dobbiamo ritenere inammissibili le accennate limitazioni, delle quali d'altronde i testi della legge non fanno cenno.

886. Il legislatore ha invece trovato necessario di stabilire quali siano le circostanze nelle quali le *omissioni* del magistrato si debbono avere per *dolose*. E dichiarò in proposito (art. 784) essere necessario che la parte abbia fatto *due istanze* all'autorità giudiziaria nella persona del suo cancelliere con atto notificato a mezzo d'usciere. Fra la prima e la seconda istanza deve passare l'intervallo di giorni cinque almeno se trattisi di conciliatori o pretori, di giorni dieci se di altra autorità giudiziaria. L'usciere non può rifiutarsi alle notificazioni sotto pena di destituzione.

Mercè di tali disposizioni si ottiene guarentigia che un qualunque accidentale ed innocente (fors'anco inevitabile) indugio nell'emanazione di una sentenza od altro provvedimento non potrà fornire pretesto ad azioni infondate.

887. Da quanto precede e dallo esame che si faccia delle previsioni comprese nell'art. 783 riesce chiaro che la responsabilità civile può colpire un collegio di magistrati o sia semplicemente alcuno dei suoi membri. Essa parimente può colpire il giudice singolo, conciliatore o pretore, per quanto riguarda l'esercizio delle rispettive funzioni.

È stato riconosciuto opportuno che il giudizio sull'azione civile sia deferito ad un'autorità di grado molto elevato e che codesta guarentigia sostituisca quella dei reclami ordi-

nari. Quindi, l'azione contro i conciliatori, i pretori, i tribunali, od alcuna delle loro sezioni e quella contro alcuno dei giudici che vi appartengono, è proposta davanti la corte d'appello (art. 785). Quella contro una corte d'appello, od alcuna delle sue sezioni, od alcuno dei consiglieri, contro la corte d'assise od alcuno dei magistrati di essa, si promuove davanti la sezione civile della corte di cassazione di Roma; e così quella contro una delle sezioni delle corti supreme, od alcuno dei loro membri, in virtù dell'art. 3, n. 2, della legge 12 dicembre 1875 (v. n. 649), coll'avvertenza che l'azione contro una delle sezioni della cassazione di Roma si propone avanti l'altra (capov. art. 785). Le sentenze delle corti d'appello sono suscettive di ricorso per cassazione che è pure interposto esclusivamente innanzi la corte suprema di Roma (citato articolo della legge 12 dicembre 1875).

888. Ma oltre la eccezionalità della competenza merita di essere rilevata quella del procedimento. Lo svolgimento dell'azione ha luogo in forme analoghe a quelle dei comuni giudizi di dichiarazione; ma deve precedervi una specie di giudizio di delibazione, ossia la richiesta e il conseguimento del *permesso* di proporre l'azione. Per dare codesto permesso è competente la corte innanzi a cui l'azione deve proporsi. Lo scopo di siffatta formalità è ancora la tutela del decoro dei magistrati contro la pubblicità di attacchi privi di consistenza e di serie ragioni. L'autorizzazione preventiva è chiesta mediante ricorso sottoscritto dalla parte, o dal suo procuratore munito di mandato speciale che si allega al ricorso stesso. In questo atto si indicano i *fatti* ed i *mezzi di prova* dei quali si dispone per giustificarli: se vi sono documenti si presentano. Nel caso indicato al n. 886 si deve cogli altri documenti presentare sempre la prova delle due intimazioni debitamente compiute. Per meglio assicurare la calma e la serenità nella trattazione di argomenti come questi delicati e spinosi, venne comminata una multa sino a lire trecento al ricorrente che faccia uso di espressioni ingiuriose; il di lui procuratore può inoltre essere punito con la sospensione per un tempo non superiore a sei mesi; e ciò tutto senza pregiudizio dell'azione penale che dalla ingiuria o dalla diffamazione potrebbe essere determinata (art. 786).

889. Sopra la domanda di autorizzazione la corte delibera in camera di consiglio *con sentenza*. Se ne sia deciso il rigetto devono essere espressi i *motivi*. Il ricorrente è in questo caso condannato, in pena della sua leggerezza o del suo mal animo, ad una multa che si può estendere sino a lire centocinquanta (art. 787). Se la corte trova di accogliere il ricorso pronunzia *decreto* ed in esso prescrive che, in un termine all'uopo assegnato, sia notificata al magistrato od al capo del collegio contro cui l'azione è promossa, la copia del ricorso e del decreto. Nel termine pure stabilito dal decreto l'autorità giudiziaria chiamata a rispondere deve costituire un procuratore e presentare le sue difese (art. 788).

Il decreto che dichiara l'ammissibilità del ricorso non pregiudica il merito della controversia, ma riconosce solo che furono enunciate circostanze abbastanza gravi ed offerte prove abbastanza serie da non potersi prescindere da una istruttoria. Il decreto non contiene neppure l'ordine d'assunzione delle prove orali che a norma delle circostanze siano necessarie; imperocchè un simile provvedimento non può essere dato che in contraddittorio e quindi dopo costituitasi in giudizio l'autorità accusata.

890. Prescrive l'art. 790 che presentate le difese indicate nell'art. 788, o decorso il termine per presentarle, la causa si spedisce all'udienza, che sarà stabilita dal presidente. Ciò significa che si deve osservare una specie di procedimento sommario, ma non esclude che ove abbisogni istruzione orale vi si faccia luogo mediante opportuni provvedimenti e atti consecutivi, anche quando la disputa sia di competenza della corte di cassazione la quale in siffatta materia funziona eccezionalmente come giudizio di merito (1).

All'udienza ha luogo la discussione che dovrà essere preceduta dallo scambio delle comparse conclusionali. Per rendere sempre meno vivo l'attrito delle passioni fu qui

---

(1) Per dimostrare che in codesta guisa vanno intese le esposte regole processuali è sufficiente ricordare che l'art. 789 accenna alla *sentenza definitiva* sull'azione civile, in modo da far comprendere essere dal legislatore ritenuta possibile l'emanazione di *sentenze interlocutorie* (v. il seg. n. 891).

negata alle parti la facoltà di discutere in persona, per ordinario (v. vol. I, n. 266) ad essa riconosciuta; è necessario quindi che la discussione segua coll'opera di un legale patrocinatore (art. 791).

Quando la sentenza definitiva sopra l'azione civile respinge la domanda dell'attore, lo condanna in una multa misurata come quella di cui si è fatta parola nel numero precedente (art. 792).

891. Un provvedimento molto logico è dettato nell'art. 789: « Dal giorno della notificazione (del ricorso) e sino *alla sentenza definitiva,* le autorità giudiziarie e gli uffiziali del ministero pubblico contro i quali è promossa l'azione *devono astenersi* da qualunque ingerenza nelle cause della parte ricorrente, dei suoi ascendenti, discendenti o coniuge, sotto pena di nullità degli atti fatti col loro intervento ». È facile comprendere i motivi di alta convenienza che hanno dettato questo precetto. Sarebbe stato opportuno nondimeno che il legislatore l'avesse reso più efficace e completo coll'ordinare che la nullità derivante da violazione del medesimo debba essere rilevata anche d'uffizio, ciò che nel suo silenzio rimane incerto.

892. La responsabilità civile pei fatti o per le omissioni inerenti alle attribuzioni proprie grava anche sopra gli uffiziali del pubblico ministero, pei titoli medesimi che pei giudici, come se ne ha la esplicita dichiarazione nell'art. 783 e negli altri testi finora indicati. E segue le stesse norme di procedimento e di competenza. Le *omissioni* di cui possono rendersi responsabili non riguardano naturalmente la *decisione* su di una domanda, ma la presentazione delle *conclusioni* intorno alla medesima, nei casi in cui sono richieste.

Contro i cancellieri e gli uscieri non si applicano le regole qui stabilite, ma a seconda dei casi potranno aver vigore in loro confronto le disposizioni già altrove rammentate degli art. 59, 60, 61 (1). Ed è opportuno altresì

(1) Di questi articoli, che abbiamo menzionati anche in altro luogo (vol. I, n. 330), riportiamo il testo:

« Art. 59. Le spese degli atti e dei procedimenti nulli sono a carico degli uffiziali ai quali la nullità sia imputabile.

ricordare che sebbene contro di loro non si faccia luogo a vera e propria ricusazione, possono però essere obbligati ad astenersi dall'eseguire gli atti del rispettivo ministero, quando cioè riguardino loro stessi, le mogli, i parenti ed affini sino al quarto grado inclusivamente, sotto pena di nullità degli atti compiuti (capoverso ultimo, articolo 41 e capoverso articolo 53).

CAPO II.

Modo di ottenere la copia o la collazione degli atti pubblici.

893. Un'altra guarentigia importantissima che il codice di procedura deve offrire a coloro che hanno d'uopo di esercitare azioni in giudizio, o di far valere comunque i propri diritti, riguarda la libertà di trar profitto da quei documenti che essendo in pubblico deposito custoditi possono abbisognare in qualsivoglia circostanza ad un cittadino per fornire o perfezionare le prove delle sue domande. L'uso di tali documenti non può aversi dai privati in altra guisa che mediante il conseguimento di loro copie autentiche, al rilascio delle quali sono tenuti gli uffiziali cui il deposito è confidato, e così i notai, gli archivisti, ecc. E poichè i documenti stessi vengono conservati per legge dello stato nell'interesse generale dei cittadini e nello scopo di perpetuarne la fede, così, salve le disposizioni speciali

---

« I detti uffiziali possono anche essere condannati in una pena pecuniaria da lire dieci a lire centocinquanta, oltre il risarcimento dei danni verso le parti.

« Art. 60. Quantunque l'atto non sia dichiarato nullo, il cancelliere, il procuratore, o l'usciere che non abbia osservato le disposizioni della legge può essere condannato in una pena pecuniaria non minore di lire cinque e non maggiore di cento, salvo i casi in cui la legge stabilisca pene speciali.

« Art. 61. Se l'uffiziale o il procuratore abbia ecceduto i limiti del suo ministero, o se per negligenza abbia ritardato l'istruzione o il compimento della causa, può essere condannato personalmente alle spese del giudizio senza diritto al rimborso, oltre il risarcimento dei danni, la sospensione o interdizione, secondo le circostanze ».

contrarie, è giusto quanto logico che, in via di regola, ciascheduno possa ottenerne la copia autentica, senza bisogno di giustificare l'interesse pel quale la richiede e tanto più senza bisogno di essere stato parte nell'atto o di aver causa da alcuna delle parti. Abbiamo accennato che questa regola è soggetta alla deroga di disposizioni contrarie, che ponno essere relative od alla stessa facoltà di ottenere la copia o ad alcuna condizione cui l'ottenerla trovisi vincolato. Per tal modo nell'art. 913, mentre troviamo sancito il principio anzidetto, vediamo accennata codesta duplice specie di restrizioni. Infatti il capoverso dell'articolo dichiara che di un testamento pubblico non si può spedire copia durante la vita del testatore, se non sopra di lui richiesta: e si comprende benissimo come sia questa una opportuna protezione della libertà di mutar consiglio rispetto alla propria estrema volontà, giustificata viemmeglio dalla considerazione che, vivente il testatore, nessuno può valersi delle di lui disposizioni o trarne la prova all'esercizio di qualsivoglia diritto. In secondo luogo il citato articolo accenna disposizioni speciali della legge sul registro e bollo; e sebbene il richiamo abbia altro scopo, tuttavia esso ci ricorda che per l'art. 124 della legge sulle tasse di registro (testo unico approvato con r. d. 20 maggio 1897), le copie degli atti depositati all'uffizio del registro e gli estratti dei libri delle registrazioni non si possono rilasciare se non dietro speciale autorizzazione del pretore del luogo, salvo che ne sia fatta richiesta da alcuna delle parti contraenti od aventi causa da esse.

Il pubblico depositario autorizzato a spedire copia degli atti che ritiene, risponde personalmente dei danni e delle spese in caso di rifiuto. Devono però essere osservate dalle parti le disposizioni delle leggi sul registro e sul bollo, in quanto le obbligano ad anticipare al depositario l'importare delle spese occorrenti per la confezione della copia. È inoltre fatto obbligo a chi vuol ottenere la copia d'un atto di pagare i diritti fiscali ancora dovuti per l'originale (articolo 917).

894. Di fronte al rifiuto del pubblico depositario a rilasciare copia di un documento sarebbe troppo grave che

le parti dovessero inevitabilmente ricorrere alla procedura ordinaria per ottenere contro di lui un titolo esecutivo. Si ravvisò adunque conveniente di istituire un procedimento speciale più breve ed economico. La sua forma è analoga a quella dei giudizi incidentali comuni; vale a dire che pel medesimo è attribuita al presidente del tribunale civile una particolare giurisdizione. Parve infatti al legislatore che il più delle volte le solennità di un giudizio collegiale, oltre che troppo lunghe e dispendiose, sarebbero esuberanti al bisogno di un provvedimento che di sua natura riveste semplice carattere disciplinare. Nullameno ritenne di ordinare che sia sentito il pubblico ministero, quantunque a dir vero non apparisca ormai giustificabile la conservazione di codesta sua ingerenza, dopo che la legge 28 novembre 1875 l'ha soppressa in via generale nei giudizi civili.

Nel caso di rifiuto pertanto, la parte che si crede in diritto di ottenere la copia presenterà un ricorso al presidente del tribunale nella cui giurisdizione esiste l'uffizio del pubblico depositante. Il presidente, con *decreto*, ordina al depositario di comparire avanti di lui a giorno ed ora fissi; il richiedente deve curare la notificazione del ricorso e del decreto per copia all'uffiziale pubblico, nelle forme stabilite per l'atto di citazione (art. 914).

Nel giorno stabilito, sia o no comparso il depositario e purchè comparisca l'istante, il presidente, sentito il pubblico ministero, *provvede* sulla domanda (art. 915). Quale sia la forma del *provvedimento* la legge non precisa. Pure, consultando l'art. 50, è ragionevole persuadersi che debb'essere una *ordinanza;* in primo luogo perchè non può essere una *sentenza* (mancando al presidente la podestà di emanarne), nè un *decreto* (essendo estremo caratteristico di questi la deficienza di citazione e di contraddittorio); in secondo luogo perchè le ordinanze sono date *in corso di causa* e qui si è appunto *nel corso di un procedimento speciale,* in cui altri atti hanno dovuto precedere ed altri, come vedremo, devono susseguire al provvedimento; in terzo luogo perchè il concetto del legislatore deve razionalmente essere stato affine a quello con cui dettò nell'art. 557 le norme relative al rilascio delle copie in forma esecutiva, onde l'intelligenza

delle sue prescrizioni non può per noi essere diversa da quella spiegata al n. 713; in quarto ed ultimo luogo, perchè soltanto coll'attribuire al provvedimento il carattere di ordinanza si riesce a risolvere in modo semplice e piano i dubbi relativi alla potestà ed al modo di reclamarne.

895. Non è ragionevole pensare che non siavi reclamo possibile contro il provvedimento presidenziale. Noi dobbiamo contemplare l'ipotesi che egli vieti la spedizione della copia e ci convinceremo subito che può recare un grave pregiudizio ai diritti del richiedente; nè si vuole disconoscere che quando pure ordini la spedizione l'uffiziale pubblico contro cui è emanato il provvedimento può avere legittimo interesse a reclamarne. Ora, quale sarà la forma di reclamo più conveniente? Non già l'ordinaria *appellazione* che è concessa soltanto contro le *sentenze* (v. n. 586); nè meno il *reclamo* al presidente della corte d'appello, che per analogia al disposto dell'art. 782 taluno ritiene possibile, giacchè codesto articolo espressamente riguarda i soli procedimenti di *giurisdizione volontaria*. Ciò posto, ed ammesso che il provvedimento sia *un'ordinanza*, nulla di più naturale che riconoscere alle parti gravate il diritto di proporne reclamo al collegio di cui è capo il presidente, colle norme e nei termini dell'art. 183. La impugnazione dovrà essere proposta pertanto davanti al tribunale che sulla controversia pronunzierà una sentenza appellabile. Non escludiamo l'applicazione dell'art. 182, ossia la potestà nel presidente di dichiarare esecutiva l'ordinanza malgrado reclamo, quando l'urgenza lo esiga.

Dopo l'ordinanza che ingiunge al pubblico uffiziale la spedizione della copia, il presidente sopra istanza dell'interessato prefigge *con altro decreto* (1) il termine per spedirla, sotto pena del risarcimento dei danni e delle spese (capoverso art. 915). Nel codice è accennato anche alla comminatoria dell'arresto personale, eliminata dalla legge 6 dicembre 1877.

---

(1) Queste parole del testo (« con *altro* decreto ») non possono autorizzare la supposizione che debba essere dato con un primo *decreto* l'ordine di spedizione della copia: ma la frase *altro decreto* ha riferimento al *primo decreto* con cui il presidente ordina la comparizione delle parti innanzi a sè, come s'è detto precedentemente al n. 894.

896. Un obbligo analogo a quello del rilascio delle copie di documenti conservati in deposito pubblico, e fondato su ragioni uguali, è quello sancito nell'art. 916 a carico dei cancellieri e depositari di pubblici registri, di spedire a chiunque ne faccia richiesta, eccettuati i casi determinati dalla legge, le copie e gli estratti degli *atti giudiziali* da essi ritenuti, sotto pena dei danni e delle spese.

Il procedimento per ottenere codeste copie o codesti estratti è *simile* a quello dianzi indicato, ma non del tutto *identico*. La domanda del richiedente, in caso di rifiuto del pubblico uffiziale, si propone con ricorso al conciliatore, al pretore, od al presidente del tribunale o della corte presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni. La autorità a cui è presentato il ricorso, udito il cancelliere o depositario, *provvede a norma dell'art.* 915 (capoverso ultimo art. 916). Non è prescritto l'intervento del pubblico ministero.

Quale sarà la natura del *provvedimento?* Tenuto conto della circostanza che il cancelliere od altro depositario *dipende* dal magistrato da cui emana la deliberazione, si deve riconoscere che non può avere facoltà di impugnarla in verun caso. Quindi, se il conciliatore, il pretore, od il presidente, ingiunga la spedizione della copia o dell'estratto, potrà farlo con *decreto* appiedi del ricorso. Se la neghi, sarà mestieri distinguere: il conciliatore od il pretore, come giudici singoli, dovranno proferire *sentenza*, affinchè la parte gravata sia in grado di appellarne. Il presidente del tribunale o della corte pronunzierà invece una ordinanza contro la quale è ammessibile il reclamo al collegio in contraddittorio del cancelliere o depositario. Tale almeno è la interpretazione che ci sembra più plausibile nella oscurità lasciata dal soverchio laconismo della legge.

897. Al caso di *rifiuto* del pubblico depositario è equiparato quello di *ritardo* alla spedizione delle copie od estratti richiesti (art. 914 e capoverso primo art. 916). S'intende agevolmente che il ritardo dovrebbe essere di tale durata da costituire questa, per se medesima, un segno di inescusabile negligenza.

Sarebbe superfluo aggiungere, se l'esperienza non dimostrasse che ne fu dubitato, doversi restringere queste dispo-

sizioni e l'osservanza del procedimento speciale suesposto ai casi di rilascio di una copia di documento esistente in pubblico deposito. Il rifiuto, sia pure indebito, di un funzionario all'adempimento di altro qualunque atto o di altra formalità al proprio uffizio inerente, potrà dar luogo a procedimenti speciali di diversa indole, se dalla legge siano stabiliti, o altrimenti all'esercizio dell'azione nelle forme ordinarie, non mai all'applicazione analogica del rito che concerne il rilascio delle copie. In questo rito, la semplicità e brevità dell'esame corrisponde all'indole della questione, che è meramente di carattere estrinseco in relazione al diritto; il rifiuto di una copia è quasi sempre arbitrario e dannoso. In altri casi il rifiuto del funzionario ad atti di sua competenza, può involgere una questione sostanziale e non si deve prescindere da ogni garanzia e cautela di procedura nel discuterla e deciderla.

898. Può avere ancora molta importanza per un cittadino l'assicurarsi della conformità della copia rilasciatagli, coll'originale dell'atto depositato in pubblico uffizio. La legge gli riconosce il diritto di effettuarne a questo scopo la *collazione* in presenza del depositario. Se sorgano controversie, sia sul diritto ad eseguire la collazione, sia intorno ai risultati della medesima, si procede ad essa coll'assistenza del pretore del mandamento nel quale il depositario esercita il suo uffizio. Per ottenere l'intervento di questo magistrato la parte che vi ha interesse fa ricorso al presidente del tribunale civile del luogo, il quale delega il pretore ad eseguire la collazione nell'uffizio dove è depositario l'originale, ingiungendo al depositario di farne l'esibizione. Se la collazione sia chiesta per un atto prodotto in giudizio già pendente, la delegazione del pretore del luogo del deposito spetta al presidente del tribunale, o della corte, ovvero al pretore o conciliatore innanzi cui è introdotta la lite. Se il pretore che deve giudicare la causa è quello stesso competente per la collazione non occorre delegazione ed egli provvede semplicemente nel modo che diciamo qui appresso (articolo 918).

Ottenuto il decreto di delegazione lo si presenta al pretore delegato, il quale, sopra analoga istanza, stabilisce con

suo decreto il giorno e l'ora in cui si recherà, assistito dal proprio cancelliere, nel pubblico uffizio, per procedere alla collazione. Tale decreto deve venire notificato al depositario almeno un giorno prima dell'accesso, nei modi stabiliti per gli atti di citazione (art. 919).

Delle operazioni di collazione il cancelliere redige processo verbale che deve contenere, oltre gli specifici risultati della medesima, le indicazioni del luogo e della data, dei nomi delle parti intervenute, dei domicilii o delle residenze loro, dei nomi del pretore e del cancelliere che procedono, non che del pubblico depositario, della data della notificazione a questi eseguita come sopra si indicò, della data del decreto che ordinò la collazione e di quello che stabilì il giorno per procedervi. Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dal depositario, dal pretore e dal cancelliere (capoversi 1° e 2° articolo citato).

Le spese dell'accesso e del processo verbale sono anticipate dalla parte istante, la quale si potrà provvedere pel relativo rimborso, se e come di ragione, innanzi l'autorità che ha ordinato la collazione (capoverso ultimo, articolo citato).

899. Quando siavi bisogno di procedere giudizialmente alla collazione di alcuno degli atti od estratti indicati nel n. 896, si presenta ricorso al pretore od al presidente del tribunale o della corte presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni. Il magistrato adìto stabilisce con decreto il giorno e l'ora in cui si procederà alla collazione; il presidente può delegare all'uopo uno dei giudici. Per evitare poi l'inconveniente che il processo verbale sia redatto dallo stesso uffiziale pubblico in confronto del quale si procede, o da un suo dipendente, è prescritto che per la erezione del medesimo venga incaricato un notaio od altra persona che possa fare legalmente le veci di cancelliere (art. 920).

CAPO III.

Offerta di pagamento e deposito.

900. Il diritto civile, riconoscendo la necessità di proteggere il debitore intenzionato di adempiere fedelmente la propria obbligazione contro le tergiversazioni del creditore che si ricusi a ricevere il pagamento, ha ammesso come modo di pagamento l'atto della *offerta reale*. Col qual nome si designa l'offerta che non è semplice ostentazione di volontà, ma che si accompagna con la presentazione al creditore della cosa o della somma dovuta. Se davanti a questa non equivoca manifestazione della seria volontà dell'obbligato, il creditore ricusa il pagamento e la conseguente liberazione del debitore, costui, mediante il *deposito* della cosa o della somma, ottiene un risultato analogo a quello del pagamento. E cioè consegue la propria liberazione, rimanendo la cosa dal dì del deposito a rischio e pericolo del creditore, ovvero cessando da quel giorno gli interessi sulla somma dovuta (articolo 1259 codice civile).

L'importanza di codesti effetti rendeva necessario che fossero subordinati alla validità del duplice atto col quale si raggiungono, vogliamo dire dell'offerta e del deposito. Le condizioni di tale validità sono stabilite negli articoli 1260 e 1261 del cod. civ. Per riguardo all'offerta esse concernono: la capacità del creditore o del suo rappresentante a cui la medesima è fatta; la capacità della persona che lo fa (potendo essere anche un individuo diverso dal debitore, giusta l'articolo 1238 del citato codice); la integrale corrispondenza dell'offerta al debito che si vuole estinguere, compresi gli interessi scaduti e le spese; il compimento del termine se fu stipulato a favore del creditore, o la verifica della condizione sotto la quale fu contratto il debito; l'eseguimento dell'offerta in luogo a ciò conveniente e per mezzo di ufficiale pubblico a tale atto autorizzato. Circa il luogo della offerta, l'art. 1260, al num. 6, toglie opportunamente ogni ragione d'incertezza col prescrivere che la si effettui in quello

convenuto pel pagamento, od in difetto di convenzione speciale rispetto ad esso, che la si faccia *alla persona* del creditore in qualunque luogo si trovi (1), od al suo *domicilio*, od infine nel luogo scelto per la *esecuzione del contratto*.

Relativamente al deposito, la sua validità non dipende in via assoluta da una preventiva autorizzazione del giudice, ma è sufficiente che prima di eseguirlo il debitore abbia intimato al creditore, che ricusò l'offerta, il luogo, il giorno e l'ora in cui si eseguirà il deposito; che mercè il deposito stesso l'offerente siasi realmente spogliato del possesso della cosa o della somma coi suoi accessori, consegnandola in luogo approvato dalla legge; che il deposito sia eseguito a mezzo di pubblico uffiziale come l'offerta, e sia come questa accompagnato da processo verbale; che, infine, codesto processo verbale sia successivamente notificato al creditore non comparso all'atto del deposito, con intimazione di ritirare la somma o la cosa depositata.

In difetto di simili requisiti potrannosi avere nell'offerta o nel deposito atti idonei a produrre costituzione in mora ed altri effetti utili al debitore nelle varie contingenze dei casi; non mai la di lui liberazione.

901. Questa liberazione, dopo l'offerta e il deposito, non è del tutto definitiva, imperocchè l'offerta eseguita rimane tuttavia *revocabile*. Un rapporto giuridico contrattuale fra il creditore e il debitore, che operi con autorità di legge privata, non si è a dir vero peranco formato, esistendo un aperto dissenso nelle loro volontà in luogo del necessario consenso *in idem placitum*. Perchè la liberazione rendasi definitiva ed irrevocabile, è necessario si aggiunga

---

(1) Alla *persona* od al *domicilio attuale* del creditore dovrebbe sempre essere eseguita l'offerta quando per una circostanza sopraggiunta sia diventato impossibile eseguirla nel *luogo convenuto pel pagamento*: come se questo fosse un uffizio pubblico soppresso; o se fosse la casa di residenza del creditore in un determinato comune, dal quale in seguito egli abbia tolta tale residenza, ecc. ecc. In genere poi, la offerta fatta *alla persona* del creditore si può, come il pagamento, ritenere sempre valida, salvo che speciali circostanze inducano a ritenere determinata da ragioni di carattere eccezionale la destinazione di un luogo *ad hoc*; non è invero discutibile che ogni cautela della legge relativa alla scelta del luogo trae le sue ragioni dall'intento di assicurare che l'offerta pervenga *alla persona* del creditore. Questo è l'elemento davvero sostanziale dell'atto.

ai fatti preaccennati il vincolo derivante dal consenso del creditore. Il quale può darlo spontaneamente, recedendo dal rifiuto che aveva opposto; allora egli notificherà l'accettazione del deposito al debitore e potrà ritirare la somma o la cosa dovutagli, nè vi sarà altra controversia fra di loro (art. 910 cod. di proc.). Ovvero può essere costretto a prestarlo mercè l'intervento dell'autorità giudiziaria che, sopra istanza del debitore, sarà chiamata a pronunziare della validità dell'offerta e di quella del deposito. Da altro lato, se il creditore ha, o crede d'avere, buone ragioni per non riconoscere valida l'offerta o legale il deposito, non gli può essere interdetto di instare per la dichiarazione di loro nullità, allo scopo che venga riconosciuta l'efficacia di codesti atti per quanto lo riguarda.

Pertanto il procedimento relativo a questa materia consta normalmente di tre parti: 1° offerta reale; 2° deposito; 3° giudizio sulla loro validità o nullità. La terza parte si può per altro scindere ancora in due. Imperocchè il debitore, quando lo trovi più cauto, ha la facoltà di proporre domanda per dichiarazione di validità dell'offerta, prima di eseguire il deposito e chiedendo intanto al magistrato la facoltà di operarlo (art. 909 cod. di proc.). Nel qual caso non sarà, a rigore di termini, necessario che sussegua ancora un giudizio intorno alla validità del deposito (1). Anzi, secondo il testo che abbiamo citato, la sentenza che dichiarando valida l'offerta autorizza il deposito non ancora fatto, pronunzia la liberazione del debitore *dal momento in cui il deposito sia eseguito nelle forme dalla legge richieste.* Ma un ulteriore giudizio potrà sorgere se il creditore contesti la regolarità del deposito e chiegga dichiarazione di sua nullità, non valendo naturalmente la sentenza che ha pronunziato sull'offerta a sancire preventivamente la legalità e la efficacia della esecuzione del deposito.

---

(1) Se l'offerta reale e il deposito furono eseguiti in due giurisdizioni differenti, l'azione per far pronunziare la validità o la nullità dell'offerta deve essere proposta dinanzi al magistrato competente nel luogo dove la medesima fu effettuata; e la domanda per validità o per nullità del deposito si propone dinanzi al magistrato del luogo in cui esso fu eseguito.

Se poi le due istanze sono proposte congiuntamente, sembra logico che la competenza sia determinata dal luogo in cui fu fatta l'offerta reale.

902. Abbiamo detto che la liberazione ottenuta dal debitore può essere annullata per la revocazione ch'egli faccia dell'offerta. Siffatta revocazione implica il ritiro del deposito; la legge ne lascia libertà al debitore (s'intende, rimanendo le conseguenze a suo rischio) fino a che non sia *pubblicata* la sentenza sulla istanza di validità dell'offerta e del deposito (art. 910). E niuna autorizzazione gli è necessaria. Dopo pubblicata la sentenza che dichiara valido il deposito egli non può eseguirne il ritiro, poichè, come dicemmo, la sentenza tiene le veci del consenso del creditore e ne produce gli effetti. Tuttavia, sino a quando essa non sia passata in giudicato, possono il creditore e il debitore porsi d'accordo perchè quest'ultimo ritiri la somma o la cosa, trovandosi l'autorità della sentenza soggetta a sua volta a revocabilità. Allorchè invece la sentenza sia passata in giudicato, nemmeno il consenso del creditore può abilitare il debitore al ritiro, *in pregiudizio dei condebitori o fideiussori nella obbligazione* (art. 1264 codice civile). Il consenso giudiziale al pagamento e la liberazione che ne deriva sono ormai irrevocabili; dall'istante in cui la loro irrevocabilità si è stabilita, l'obbligazione si è estinta; ed i terzi interessati hanno acquisito il diritto a non vederla risorgere in proprio danno. Lo stesso avviene dopo la volontaria accettazione emessa dal creditore e notificata regolarmente (v. numero precedente).

903. L'offerta reale ed il deposito possono essere effettuati dal debitore senza che esista alcuna controversia fra lui ed il creditore e per il solo fatto di professare un'obbligazione scaduta o liberata dalle condizioni appostevi. Può anco verificarsi che esista lite fra le parti, come se il creditore abbia chiesto più di quanto gli è dovuto e il debitore, per esonerarsi dalla decorrenza degli interessi, voglia offrire la somma che reputa giusta. I due casi dànno luogo ad una importante differenza nelle norme di procedura da seguire. Imperocchè, rispetto al primo, il giudizio sulla validità della offerta e del deposito assumendo il carattere di azione autonoma, ossia *principale*, appartiene all'autorità giudiziaria del luogo in cui quegli atti furono compiuti (vedi nota al numero 901) la quale sia competente per materia e valore.

Rispetto al secondo, il giudizio stesso diviene accessorio alla lite già pendente e si propone innanzi il magistrato investito di questa, se anche ne conosca in sede d'appello, o di rinvio, o di opposizione, o di revocazione. Se la causa principale fosse innanzi la corte di cassazione, non potendosi a questa magistratura sottoporre la cognizione di una domanda nuova, sarebbe mestieri seguire la regola di competenza data per la prima ipotesi (art. 908).

La legge non prescrive alcun termine per l'introduzione della domanda. È d'altronde di sommo interesse pel debitore che ha effettuato l'offerta od anco il deposito di affrettare il giudizio sulla loro validità. E del pari può, a seconda dei casi, essere interesse del creditore promuovere invece colla maggiore diligenza la domanda di nullità, massime se essa riguardi un deposito eseguito in virtù di sentenza che riconobbe valida l'offerta.

904. L'offerta reale si fa col mezzo di notaro o di usciere, ovvero anche per opera del cancelliere della pretura del luogo (art. 902). Essa si compie dall'uffiziale richiesto mediante erezione di un processo verbale, previo trasferimento personale nel luogo dove l'offerta dev'essere fatta. Non è prescritta l'assistenza di testimoni. Il processo verbale, oltre le indicazioni della data, del nome e delle funzioni dell'uffiziale procedente, del nome, della residenza o del domicilio di colui che fa l'offerta e di colui al quale vien fatta, è necessario che menzioni: *a*) il numero e la qualità delle monete o loro equipollenti, se si tratti di danaro, od altrimenti la cosa che si offre, in modo da identificarla con esattezza; *b*) le condizioni a cui l'offerta si volesse vincolare; *c*) gli atti di notificazione di pignoramento o sequestro che sopra la cosa fossero stati eseguiti; *d*) la assenza del creditore dal luogo in cui è eseguita l'offerta, o la sua presenza, ed in questo ultimo caso la risposta da lui data, l'accettazione od il rifiuto e le ragioni di questo; *e*) qualora l'offerta sia accettata, il pagamento o la consegna della cosa al creditore, la quitanza da lui fatta e, se d'uopo, la restituzione del titolo di credito. Il processo verbale è sottoscritto dal creditore, o si fa cenno dei motivi per cui non sottoscrisse; e lo è sempre dall'uffiziale che lo redige (arti-

colo 903). Una parola di schiarimento conviene circa le *condizioni* a cui l'offerta può essere vincolata. Appare manifesto che un'offerta reale per raggiungere il suo scopo deve essere, come offerta, incondizionata; ma le condizioni a cui la legge accenna sono quelle chè per avventura derivassero dall'indole o dalle particolarità della obbligazione; come, ad esempio, se l'offerente avesse diritto di ottenere la cancellazione di un'ipoteca, oppure la restituzione del titolo di credito, ecc.

Quanto alle *spese* che già abbiamo accennato doversi offrire insieme alla somma od alla cosa, sono quelle che nel momento dell'offerta il debitore è tenuto a rifondere. Le spese *liquide* devono comprendersi nella offerta nella loro integrità; per quelle non liquidate basta sia offerta una somma qualunque colla riserva ed obbligazione di pagare l'eventuale supplemento (art. 1260, n. 3, codice civile).

All'offerta reale non è necessario che preceda un'offerta stragiudiziale ricusata dal creditore: la legge non fa alcuna menzione di tale formalità. Quindi è che se l'offerta viene accettata dal creditore, le spese occorse per la medesima rimangono a carico del debitore secondo il principio generale stabilito nell'art. 1250 del cod. civ., essendo l'offerta un semplice modo di pagamento.

905. Quando il creditore ricusi l'offerta, o non sia presente alla redazione del processo verbale, gli è notificata copia di questo nei modi stabiliti per le citazioni. E contemporaneamente si può notificargli che si procederà al deposito. Tra la notificazione e il deposito deve trascorrere un termine non minore di tre giorni, perchè il creditore possa decidersi ad accettare la somma o la cosa (art. 904).

Il deposito, se si tratta di somme o di titoli di credito, si fa alla cassa dei depositi e prestiti, ovvero, nelle materie commerciali, col consenso di tutte le parti, anche presso un istituto di credito od un privato banchiere (art. 905 codice di proc. e art. 878 codice di comm.). Se si tratti di cosa di altra specie, deve farsi nel luogo designato all'uopo dalla autorità giudiziaria competente a conoscere della validità del deposito. La designazione è fatta per semplice decreto sopra ricorso dell'offerente (art. 905).

Per la esecuzione del deposito occorre il ministero di uno degli uffiziali autorizzati a fare l'offerta. Egli redige analogo processo verbale, che è sottoscritto anche dal depositario. Se il creditore è presente può egli pure firmarlo, o si fa menzione delle sue dichiarazioni e del rifiuto a sottoscrivere (art. 906).

Del processo verbale è consegnata immediatamente dall'uffiziale una copia al depositario ed altra al creditore se sia presente. Se non sia presente, essa gli viene notificata a cura del depositante nei modi stabiliti per l'atto di citazione. Il termine della notificazione è di *giorni due* se il luogo in cui fu fatto il deposito e quello in cui la si eseguisce sono compresi nello stesso mandamento; se appartengono a giurisdizioni diverse di preture, tribunali o corti d'appello, il termine è rispettivamente quello indicato nei nn. 3, 4, 5 dell'art. 147 e 4, 5 dell'art. 148 (vol. I, n. 233). Così l'art. 907. L'osservanza delle regole e dei vari termini stabiliti nelle mentovate disposizioni è da ritenere condizione alla validità del deposito. E nello stesso modo si procede ad esso quando sia stato autorizzato colla sentenza che dichiarò valida l'offerta.

906. Abbiamo sinora parlato promiscuamente di offerte e depositi di somme o di cose. Rispetto a queste ultime è da avvertire che d'ordinario l'offerta loro dev'essere fatta nel luogo indicato al n. 900. Ma quando la cosa dovuta sia un determinato corpo il quale debbasi, a termini della obbligazione, consegnare nel luogo dove si trova, il debitore non è tenuto a farlo presentare in quello dove viene eseguita l'offerta. L'offerta reale è in simile ipotesi adempiuta legalmente colla semplice notificazione di un atto, mediante il quale il debitore fa ingiungere al creditore di trasportare la cosa dal luogo dove si trova (art. 1266 cod. civ.). Codesta intimazione conterrà l'assegnazione di un termine che, sebbene la legge nulla esprima in proposito, dovrà essere misurato per ragione di analogia secondo il criterio esposto in fine del numero precedente. E se il creditore non si presti al trasporto, il debitore può depositare la cosa nel luogo che sopra suo ricorso venga designato dal pretore del mandamento in cui essa si trova, o, nel caso di lite pendente, dall'autorità giudiziaria che conosce di questa (art. 912).

907. Se nell'intervallo fra l'esecuzione del deposito ed il momento in cui il creditore si decide a ritirare la somma o la cosa siano operati presso il depositario sequestri o pignoramenti, a carico del creditore stesso o del deponente, non può effettuarsene il ritiro da parte di qualunque di loro se non dopo la definizione delle controversie suscitate da siffatti vincoli sopraggiunti, ed in quanto al ritiro non si opponga il tenore della decisione relativa (art. 911).

CAPO IV.

Procedimenti relativi all'apertura delle successioni.

SEZIONE I. — *Apposizione e rimozione dei sigilli.*

908. Il sistema che il nostro codice civile consacra nel suo art. 925 (passaggio di diritto del possesso) non lascia alcun momento d'interruzione tra il possesso giuridico del defunto e quello dell'erede. Una misura di conservazione della sostanza mobiliare in via precaria non può pertanto essere richiesta se non in circostanze eccezionali, in quanto che per regola l'erede assumendone l'immediata amministrazione ne acquista insieme la cura e la responsabilità dal momento stesso in cui la successione viene ad aprirsi. Infatti l'art. 928 del citato codice scolpisce il carattere di eccezionalità della misura conservativa dell'*apposizione dei sigilli,* limitandosi a farne cenno e rinviando alle disposizioni del codice di procedura circa i casi e le forme in cui può essere attuata.

Consultando nel loro complesso le discipline del codice di procedura ne ricaviamo che l'apposizione dei sigilli è diretta ad assicurare la integrità del patrimonio mobiliare cadente in una successione, allorchè il bisogno di codesta guarentigia si verifichi in uno dei seguenti casi: 1° incertezza o controversia nei riguardi della persona dell'erede; 2° lontananza delle persone chiamate all'eredità o loro astensione dall'assumere il possesso reale della sostanza; 3° incapacità e difetto di rappresentanza per taluno degli eredi;

4° interesse nei creditori ad ottenere l'inventario della sostanza mobile; 5° interesse pubblico a preservare da manomissione le cose ereditarie. Ai quali casi è da aggiungere quello della volontà manifestata dall'erede o da uno degli eredi, indipendentemente da qualsivoglia motivo speciale, di far precedere siffatto provvedimento alla erezione dell'inventario per maggiore sicurezza, o per migliore tutela della sua responsabilità.

909. Gli articoli 848 e 849 del cod. di procedura non espongono veramente *i casi* in cui può essere chiesta l'apposizione dei sigilli, ma indicano le *persone che possono promuoverla*. Però dalla analisi loro riesce di desumere le regole testè accennate. Imperocchè secondo l'art. 848 hanno la facoltà di chiedere l'apposizione dei sigilli: 1° coloro che *possono aver diritto alla successione;* 2° l'*esecutore testamentario;* 3° le persone *che dimoravano col defunto*, o che erano *addette al servizio di lui*, qualora il coniuge, gli eredi od alcuno di essi, *siano assenti dal luogo;* 4° i *creditori* che ne abbiano ottenuta l'autorizzazione dal pretore, il quale non può rifiutarla senza cause gravi al creditore munito di titolo esecutivo. E l'art. 849 soggiunge che i sigilli sono apposti tanto a richiesta del ministero pubblico, quanto sulla dichiarazione del sindaco del luogo, od anche d'uffizio, nei casi seguenti: 1° quando il coniuge od alcuno degli eredi *sia assente dal luogo;* 2° se tra gli eredi vi siano *minori o interdetti non provveduti di tutore o curatore;* 3° se il defunto sia stato *depositario pubblico*. Per ciascuno di questi tre casi l'attuazione del provvedimento riceve però limitazioni opportune; e cioè, nei primi due non vi si fa luogo se il defunto nelle sue disposizioni testamentarie abbia ordinato altrimenti, col provvedere, per esempio, mercè la nomina di un esecutore o di un amministratore, alla custodia dei beni; nel terzo i sigilli si applicano soltanto alle cose che erano oggetto del deposito pubblico, rimanendo a libera disposizione degli interessati gli enti patrimoniali della eredità.

910. Ritenuto che lo scopo immediato dell'apposizione dei sigilli è la precaria incolumità del patrimonio mobiliare ereditario, tale misura non può essere che un mezzo per giungere a risultato finale più concreto. Questo poi sarà di

varia natura secondo la qualità dell'interessato che promuove il provvedimento e le circostanze che lo determinano. Quindi, se l'apposizione dei sigilli sia chiesta da un erede, egli potrà avere per mira semplicemente di attuare una cautela momentanea che gli permetta di deliberare sull'adizione ereditaria senza assumere frattanto alcuna responsabilità o correre pericolo di danni per l'indugio. E se poi deliberi di accettare la successione in modo puro e semplice, i suggelli apposti dovranno senza altro essere levati ed egli entrerà liberamente nel reale possesso della sostanza. Lo stesso potrà verificarsi nel caso di suggellamento eseguito per assenza degli eredi. In altri casi, una volta operata l'apposizione dei sigilli, sarà scopo finale del provvedimento la confezione dell'inventario; e così, se l'erede accetti la eredità beneficiariamente, o per sua libera elezione, o per obbligo che gliene faccia la legge; così ancora, quando i creditori che hanno chiesta la misura conservativa intendano di agire poi per la separazione dei patrimoni (vedi n. 957); così quando l'esecutore testamentario abbia fatti apporre i sigilli nei casi contemplati dalla prima parte dell'art. 908 del cod. civ. Adunque l'apposizione dei sigilli può mettere capo od alla confezione dell'inventario od alla immissione libera dell'erede nel reale possesso dei beni. Nè si vuole escludere che domandata per questo secondo intento finisca per condurre al primo; poichè, a cagion d'esempio, se un erede ha chiesto il provvedimento per assicurare la integrità del patrimonio nel periodo della propria deliberazione, i creditori del defunto possono nel frattempo opporsi alla remozione affinchè sia fatto l'inventario anche nel caso di adizione pura e semplice, per il mentovato effetto della separazione.

Consegue dalle cose ora esposte che sotto il nome di *creditori* (art. 848, n. 4) aventi diritto a chiedere il suggellamento si devono comprendere non meno i veri e propri creditori del defunto che i legatari, anche questi essendo in facoltà di agire per la separazione (articolo 1032 del codice civile).

Quanto ai creditori dell'erede è da reputare che abbiano veste per domandarlo solo in quanto possano giustificare

di agire *utendo juribus* del loro debitore e quindi allorchè questi potrebbe invocare il provvedimento come chiamato all'eredità od avente diritto alla medesima, ma non avente il possesso reale dei beni. Quando abbia tale possesso, i di lui creditori personali non saprebbero legittimare la domanda, in quanto che le azioni loro, come creditori, devono esercitarsi nella forma di pignoramenti o sequestri, se ed in quanto del caso.

911. Per ottenere l'apposizione dei sigilli se ne deve far domanda al pretore, od in caso d'urgenza al conciliatore del luogo, se non vi risieda il pretore. L'articolo 847 non determina per la domanda alcuna forma; anzi non ne fa neppur cenno, dichiarando semplicemente che quando si faccia luogo all'apposizione dei sigilli, *vi procede il pretore;* ciò autorizza a concludere che basti una richiesta verbale dell'interessato, salvo il caso che il pretore proceda d'uffizio; e non sarà neppur mestieri di un preventivo decreto del magistrato che deliberi l'esecuzione del provvedimento a meno che sia richiesto da creditori (o legatari), poichè per essi, come abbiamo veduto (n. 909), la legge parla particolarmente di una preventiva *autorizzazione.*

È poi manifesto che se l'apposizione dei sigilli fosse il risultato d'una controversia discussa già fra gli interessati, potrà l'ordine di eseguirla essere contenuto in una sentenza. Il pretore che procede al suggellamento è senza dubbio quello del luogo dove si trovano i beni; quindi se ne esistano nelle circoscrizioni di più mandamenti, ciascun pretore agisce nel territorio per cui è competente. Il magistrato procedente ha diritto di vincere gli ostacoli che materialmente frappongansi alla esecuzione, quindi può far aprire le porte anche forzatamente, e provvedere alle altre eventuali difficoltà di simile natura (art. 850).

911 *bis.* In recente occasione si è presentato il caso molto interessante della richiesta del p. m. per apposizione di sigilli nell'ultima dimora di un antico uomo di Stato (F. Crispi), per *il dubbio* che egli possedesse presso di sè documenti interessanti l'alta politica o forse la sicurezza del paese, od altre materie sulle quali il governo potesse bramare, per fini politici, la conservazione del segreto.

Astraendo dal caso specifico, la questione posta innanzi in tale circostanza si formula così: un antico ministro, o un antico diplomatico, ritiratosi a vita privata, già da tempo anteriore alla sua morte, può essere qualificato, almeno per analogia, un pubblico depositario, ai sensi dell'art. 849 del codice di procedura civile?

La risposta negativa non pare dubitabile. Pure dando al nome di depositario pubblico la più larga interpretazione, e quindi ammettendo che un diplomatico o un ministro in carica posseggano la qualità da esso designata, almeno per gli atti segreti del loro ufficio che per ragioni politiche non devono essere custoditi negli archivi ordinari e dagli uffiziali a questi preposti, sembra manifesto che cessato l'ufficio, effettuata la consegna al successore, ritiratosi a vita privata, il ministro o il diplomatico perde interamente tale qualità venendo meno ogni titolo legale per conservarla. Sarebbe obbiezione di poco conto osservare che il n. 3 dell'art. 849 contempla l'ipotesi che il defunto « *sia stato* depositario pubblico »; perchè parlandosi nel testo del « defunto » è naturale che la sua qualità legale appartenga al passato. È dunque di colui che possedeva la detta qualità al momento della morte che la legge intende occuparsi; ciò è tanto vero che il capoverso dell'articolo prescrive doversi in tal caso applicare i sigilli « soltanto sugli oggetti depositati ». Ma la ipotesi di *oggetti depositati* non poteva prevedersi e contemplarsi dalla legge se non come un fatto legittimo; e ancora non poteva prevedersi e contemplarsi se non come un fatto certo e notorio; senza di che, la limitazione ordinata dal capoverso non avrebbe senso; e si dovrebbe concedere una facoltà inquisitoriale, non sappiamo a quali organi del pubblico potere, per investigare nella casa del defunto e in ogni altra località, se esistano carte di pubblica pertinenza; allora l'operazione del suggellamento perderebbe la sua figura giuridica per trasformarsi in un atto politico, o di polizia, non legittimato da veruna norma di diritto. Avvertasi pure il pericolo evidente che si traesse pretesto dal sospetto di conservazione di carte di pubblica pertinenza per estendere le ricerche e l'apposizione dei sigilli su carte private che il diplomatico o il ministro defunto può legit-

timamente possedere, anche se abbiano relazione agli uffizi esercitati, le quali naturalmente passano in libera proprietà ai suoi eredi.

In questi casi può esservi qualche eccezionale ragione politica che faccia desiderare il più delicato e prudente uso di simili carte; ma non sarebbe lecito forzare una disposizione di legge, che non le riguarda, ad una applicazione arbitraria e quindi ingiusta.

912. Della operazione dev'essere compilato un processo verbale, in cui oltre alle generali menzioni degli atti consimili è prescritto si contengano, a seconda delle circostanze: *a*) l'indicazione che i sigilli sono apposti d'uffizio, ovvero per richiesta del pubblico ministero, o sulla dichiarazione del sindaco; *b*) il motivo della apposizione; *c*) la designazione dell'autorizzazione concessa dal pretore al creditore istante; *d*) l'indicazione della sentenza che abbia ordinato il suggellamento; *e*) le osservazioni delle parti intervenute; *f*) l'indicazione dei luoghi, mobili ed oggetti sui quali i sigilli sono apposti e la descrizione del modo tenuto per apporli; *g*) l'interpellanza fatta dall'uffiziale procedente e la risposta data sul proprio onore da coloro che dimorano nel luogo dove i sigilli sono stati apposti, se abbiano veduto o sappiano che alcuna cosa sia stata direttamente od indirettamente tolta o traslocata: *h*) la nomina del custode, che potrà essere proposto dagli interessati, purchè idoneo, o sarà altrimenti eletto d'uffizio (v. art. 855).

Quando abbia occorso di apporre sigilli sulle serrature di usci o porte, le chiavi relative sono custodite dal cancelliere, facendosene menzione nel processo verbale (art. 851).

Quando fra le cose trovate ve ne siano di tali esposte a soffrire deterioramenti, può il pretore sull'istanza delle parti ordinarne la vendita nelle forme stabilite per l'esecuzione mobiliare e con abbreviazione di termini. Le cose sulle quali non è possibile apporre i sigilli sono semplicemente descritte nel processo verbale; così pure quelle di cui il pretore ravvisi necessario l'uso per parte di coloro che abitano nella casa (art. 853).

Se nel procedere all'apposizione dei sigilli si trovi qualche atto testamentario o qualche documento importante alla

custodia del quale convenga provvedere in altra guisa, il pretore dà le disposizioni che ritiene opportune per la conservazione; o non potendo darle immediatamente, assegna un giorno ed un'ora per la emanazione delle medesime (articolo 852).

913. Poichè la redazione dell'inventario serve a guarentigia dell'integrità delle cose ereditarie, essa rende inutile l'apposizione dei sigilli. Non abbisogna pertanto di commenti il disposto dell'art. 854, a tenore del quale una volta compiuto l'inventario non si fa più luogo all'apposizione dei sigilli; e se la domanda ne è fatta durante la inventariazione vi si procede soltanto sugli oggetti non ancora inventariati. Questa regola non si applica nel caso in cui l'inventario sia impugnato, specialmente se dalla relativa controversia si tragga appunto il motivo per chiedere il suggellamento.

914. Il vincolo che deriva dall'apposizione dei sigilli è reso più efficace dalle sanzioni del codice penale (art. 201). Il legislatore riconobbe necessario però di riservare al pretore la facoltà di entrare nei luoghi a cui sono stati apposti i sigilli e por mano alle cose nei medesimi contenute, quando ve ne siano ragioni urgenti. Il pretore può concedere all'uopo opportuna autorizzazione anche al proprio cancelliere. Ma in ogni caso è mestieri che vi sia stata richiesta di un legittimo interessato e che sovra di essa sia stato pronunziato un decreto motivato che permetta l'accesso. Diversamente è comminata al pretore ed al cancelliere la pena della sospensione (art. 856 cod. proc.).

915. L'apposizione dei sigilli non deve avere che un effetto temporaneo e possibilmente brevissimo, per evitare i danni che altrimenti si produrrebbero sottraendo le cose ereditarie alla libera disponibilità di chi vi ha diritto. Perciò alle norme che riguardano questo provvedimento il legislatore fa immediatamente seguire quelle che regolano la cessazione del suo vigore, ossia la rimozione dei sigilli apposti. Bensì è stato riconosciuto opportuno stabilire un periodo fisso di durata del suggellamento, affinchè tutti gli interessati siano posti in grado di averne notizia e di approfittarne per la migliore tutela dei loro diritti. Questo periodo

è di tre giorni (art. 857), durante i quali, salvo cause urgenti, non possono i sigilli essere rimossi, nè si deve incominciare la compilazione dell'inventario. Questo termine minimo può naturalmente diventar maggiore se nessuno interessato si affretti a chiedere la rimozione. Anzi la legge (capoverso articolo citato) opportunamente prescrive che, se il suggellamento fu ordinato perchè l'erede minorenne mancava del tutore, non si possano rimuovere i sigilli, fino a che non è stato provveduto alla nomina di questo rappresentante od almeno di un curatore speciale.

Riflettendo però che l'apposizione dei sigilli può risolversi in un atto odioso e vessatorio, quando senza plausibili circostanze sia stata richiesta da un creditore o da un coerede per impedire la libera disponibilità delle cose ereditarie a chi di diritto, e che da altro lato sempre può assumere carattere odioso e pregiudizievole se si prolunghi fuor di ragione, si è voluto che la domanda di rimozione dei sigilli possa essere fatta non soltanto da chi effettivamente chiese l'apposizione, ma da qualunque di coloro che avevano diritto di chiederla a sensi dell'art. 848, eccettuati i non interessati nella successione, vale a dire coloro che soltanto convivevano col defunto od erano addetti al suo servizio (art. 858). Per tal modo può sempre qualunque interessato ottenere prontamente la cessazione della grave misura.

916. Per provocare la rimozione dei sigilli conviene fare istanza al pretore che procedette alla apposizione, e dimostrargliene il proprio diritto. Il pretore provvede con decreto. L'istanza e il decreto sono poi uniti al verbale di suggellamento (art. 859).

Chi fa la domanda di rimozione può mirare, secondo la distinzione che già accennammo, o a conseguire la libera disponibilità degli enti custoditi coi sigilli, o a farne compilare inventario. Nel primo caso i sigilli sono rimossi dal cancelliere della pretura dietro l'ordine del pretore e colla assistenza dell'usciere, ovvero anche dal cancelliere del conciliatore colla stessa assistenza. Nel secondo caso sono levati dall'uffiziale che procede all'inventario, in via successiva, di mano in mano che si progredisce nella compilazione di questo atto (art. 861).

917. Ma la rimozione dei sigilli può dar occasione ad opposizioni e controversie. Specialmente nel caso in cui non si domandi o non occorra l'inventario; ma anche nell'ipotesi che vi si debba procedere. Suppongasi: un erede puro e semplice chiede la rimozione dei sigilli, ma i creditori del defunto intendono di far precedere l'inventario perchè serva a realizzare la separazione dei patrimoni; un erede domanda la rimozione con o senza inventario, ma un altro pretendente all'eredità vuole che la rimozione, o, se del caso, l'inventario, non abbiano luogo senza il suo intervento; un individuo chiede in qualità di creditore o legatario che siano rimossi i sigilli, ma gli viene contestato questo o quel titolo. In ciascuna di siffatte ipotesi, o in tutte le altre che possono idearsi, sorge una disputa che ha bisogno di essere decisa dal magistrato competente. Pertanto il pretore, quando di fronte alla domanda di rimozione dei sigilli trovi un'opposizione legalmente proposta, invece di accogliere l'istanza, rimetterà le parti a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria competente (art. 859 ultimo capov.). Quale sia codesta autorità lo determineranno le circostanze della lite per quanto concerne il valore. Per la ragione del territorio il rinvio dovrà essere fatto all'autorità giudiziaria del luogo della aperta successione a sensi dell'art. 94.

918. La legge non dichiara chi abbia diritto ad opporsi alla rimozione dei sigilli, ma è da ritenere che questo competa solamente a chi poteva domandare l'apposizione, poichè coll'opporsi alla rimozione si tende a prolungare l'effetto del suggellamento.

Per proporre le opposizioni è stabilita una duplice forma speciale intesa ad assicurare che il pretore ne abbia conoscenza. Esse possono essere elevate in via preventiva, con dichiarazione scritta nello stesso processo verbale di suggellamento, ovvero dopo il compimento di questo, con atto notificato al modo delle citazioni al cancelliere della pretura. In ogni caso la dichiarazione deve contenere il nome dell'opponente e la elezione di domicilio o residenza nel comune in cui fu eseguito il suggellamento, oltre i motivi dell'opposizione (art. 860). È naturale che una opposizione notificata dopo che i sigilli furono rimossi sarebbe inefficace.

È mestieri richiamare qui anche la disposizione dello articolo 863, ai termini della quale, perchè sia lecito procedere alla rimozione dei sigilli, fa d'uopo siano citate le persone che nella seguente sezione (num. 925) vedremo doversi pur citare perchè assistano allo inventario. Ciò induce a credere che tali persone possano di seguito alla citazione ricevuta opporsi alla rimozione, notificando all'uopo la loro dichiarazione al cancelliere nelle forme predette. Il che verificandosi, il pretore, conosciute le opposizioni insorte, potrà sospendere l'ordine di rimozione e rimettere le parti al giudizio competente per la decisione della controversia.

919. La rimozione dei sigilli, se non è eseguita contemporaneamente all'inventario, viene accompagnata con apposito processo verbale. In ogni caso però l'uffiziale che toglie i sigilli deve anzitutto riconoscerne lo stato, colla scorta del processo verbale di apposizione. E se vi osservi qualche alterazione deve soprassedere ad atti ulteriori, riferendone immediatamente al pretore. Questi si trasferisce sopra luogo per le verificazioni occorrenti e per dare i provvedimenti che convengono affinchè si prosegua la confezione dell'inventario (art. 862).

Il processo verbale di rimozione, oltre le generalità ordinarie, contiene: l'indicazione del decreto o della sentenza che ordina la rimozione dei sigilli; la menzione della ricognizione dello stato dei sigilli: della loro rimozione, delle verificazioni fatte, dei provvedimenti impartiti nel caso di verificate alterazioni; le altre indicazioni necessarie a norma delle circostanze (art. 864).

920. Abbiamo considerato il procedimento per apposizione e rimozione dei sigilli nei riguardi speciali dell'apertura di una successione. Il suggellamento potrebbe essere pure ordinato per discrezione dell'autorità giudiziaria in altri casi in cui è rimesso alla sua prudenza di provvedere alla conservazione di beni mobili, come sarebbe al verificarsi della presunzione d'assenza, ecc. Inoltre il codice di commercio (articolo 733) prescrive l'apposizione dei sigilli come misura precauzionale immediatamente successiva alla dichiarazione di un fallimento. Le norme processuali che sonosi

qui esposte, eccetto che la legge disponga diversamente, si dovranno osservare in ciascuno di codesti altri casi in cui sia d'uopo procedere all'apposizione dei sigilli od alla loro rimozione (art. 865).

921. Una ricerca a cui gli scrittori attribuiscono qualche importanza è quella che concerne i mezzi di reclamo che possono darsi contro i decreti resi dal pretore nel procedimento di cui ci siamo occupati. Il pretore richiesto per la applicazione dei sigilli potrebbe ricusarvisi; in tal caso la parte che avesse fatta semplice istanza verbale ben sarà in diritto di provocare con ricorso un suo decreto che spieghi i motivi del rifiuto; il decreto è sempre prescritto d'altronde quando si tratta di procedere al suggellamento sopra istanza di creditori; esso è indispensabile per poter accedere ai luoghi rinchiusi coi sigilli mentre è in vigore il provvedimento conservativo; è del pari necessario perchè si possa far luogo alla definitiva rimozione. In ciascuno dei casi accennati può verificarsi che il pretore o respinga le istanze fattegli, o nello accoglierle offenda il diritto di altri; interessa quindi vedere come si possa ottenere riparazione alle sue pronunzie. Parecchi interpreti del codice arguiscono dalla disposizione dello articolo 782 che dai decreti del pretore si possa *reclamare*, sempre mediante ricorso, al *presidente del tribunale.* E noi accettammo altra volta questo insegnamento, dandovi anzi un'applicazione speciale e più estesa di quella che ha d'ordinario. Ma siamo in dovere di abbandonarlo per una considerazione pregiudiziale che l'esame più accurato della questione ci presenta. La via del *reclamo* dal pretore al presidente è ammessa dall'articolo 782 soltanto *per gli atti di giurisdizione volontaria;* e poichè la giurisdizione volontaria non ha coi procedimenti speciali *in materia contenziosa* se non una analogia più remota di quella che passa fra codesti procedimenti e *le norme comuni* della materia contenziosa, così non ci sembra opera di buon interprete applicare senz'altro il citato art. 782 a qualsivoglia dei detti procedimenti speciali contenziosi. È più corretto invece assoggettarli alla disciplina dei principii generali della materia contenziosa; e quindi dobbiamo concludere che allorquando, in qualunque modo, il decreto del

pretore è da un interessato ritenuto contrario al proprio diritto, potrà costui agire nelle forme contenziose ordinarie, in confronto del legittimo contraddittore (che in verun caso può mancare), per ottenere decisione della controversia mediante *sentenza*. E questo giudizio sarà *di primo grado*, così che la sentenza rimane soggetta alla impugnazione coi rimedi di legge (1).

Taluni interpreti per sostenere l'applicabilità dell'articolo 782 si appagano di dire brevemente che qui si è in tema *di giurisdizione volontaria*. Ma questo è il peggiore di tutti gli equivoci. Esso non ha altra giustificazione all'infuori della circostanza che del procedimento per apposizione e rimozione dei sigilli si parla nel terzo libro del codice, dove pure sono regolate le materie di giurisdizione volontaria. Noi abbiamo già stabilita, coll'analisi dell'art. 778, la distinzione che il legislatore ha fatta, e che lo studioso non deve dimenticare, fra gli atti *di giurisdizione volontaria* e le materie *da trattarsi senza contraddittore*. È a questa seconda categoria che appartengono senza dubbio i procedimenti speciali di cui nel presente capo ci occupiamo. Ora, le materie da trattarsi senza contraddittore non cessano d'appartenere alla *giurisdizione contenziosa*. E seguono i procedimenti speciali tracciati dal codice, fino che *manca il contraddittorio;* quando questo rendesi inevitabile per la forza delle circostanze, le menzionate materie non possono più sfuggire alle regole del contenzioso ordinario, salvo che la legge espressamente provveda in altra guisa.

È da riconoscere tuttavia che nella specialità delle pratiche relative alla apposizione e rimozione dei sigilli, il legislatore fu male consigliato omettendo di dettare qualche norma di procedimento rapido ed economico per far riparare i danni che, sotto molti aspetti, possono derivare da una ingiusta deliberazione del pretore, sia che accordi il suggellamento senza concorso di adeguate ragioni e così pregiudichi gli interessi di chi doveva essere lasciato nel

---

(1) Si capisce che ci sarà maggiore perdita di tempo, più grave dispendio, e assai più grande complicazione. Ma questi inconvenienti nascono dalla legge; e l'interprete non può mutarla.

libero possesso delle cose ereditarie, o sia che negando di procedervi renda possibile la dispersione di un patrimonio pericolante.

Sezione II. — *Dell'inventario.*

922. In occasione dell'apertura di una eredità la formazione dell'inventario, ossia di un atto pubblico che serva ad accertare l'entità e la qualità dei beni, può avere per iscopo di far conseguire all'erede i vantaggi dell'adizione beneficiaria; oppure può essere promossa dallo esecutore testamentario nell'esercizio delle sue funzioni, o dai creditori del defunto per attuare la separazione dei patrimoni mobiliari; o può dipendere dallo stato di *giacenza* in cui la successione venga a trovarsi. La procedura relativa a tale atto è per tutti i casi quella che andiamo ad esporre, riservate le differenze che la natura delle circostanze imponga di osservare; così l'inventario che si fa per la separazione dei patrimoni non comprende che i beni mobili, poichè la separazione rispetto agli immobili si opera in altra guisa. In altre parti della legislazione civile accade poi di incontrare l'ordine di formazione dell'inventario; così per esempio nei casi di fallimento (art. 740, 741 cod. di comm.), in quelli di apertura di tutela (art. 281 e segg. cod. civile), di dichiarazione d'assenza (art. 29 cod. civ.), ecc. Anche in queste diverse contingenze seguonsi le norme tracciate per l'inventario delle successioni, tenendo conto delle particolari disposizioni dettate per ciascun caso dalla legge. Fra le quali segnaliamo in modo speciale quelle concernenti l'inventario dei beni dei minori e dei beni del fallito (v. art. 874 codice di procedura).

923. L'inventario dei beni ereditari, dispone l'art. 866 del codice di procedura, può essere domandato da chiunque *abbia diritto di chiedere la rimozione dei sigilli* (v. n. 915); il che non significa però essere sempre necessario far precedere l'apposizione e la rimozione dei sigilli; anzi ciò è da escludere senza dubbio, in ispecie quando lo promuova l'erede, od alcuna delle persone che, come il curatore della eredità giacente o l'esecutore testamentario, ne abbiano

l'obbligo formale. La domanda è proposta al pretore mediante ricorso, ed egli con decreto incarica di procedervi il cancelliere della pretura, a meno che sovra istanza della parte trovi opportuno di delegare un notaio *del luogo*, o che il defunto abbia già designato un notaio nelle proprie disposizioni testamentarie. È da ritenere imprescindibile in ogni caso (e non soltanto in quello nel quale occorra la preventiva rimozione dei sigilli, come fu da qualcuno opinato) per la validità dell'inventario, che il notaio sia delegato dal pretore, salvo il caso di nomina testamentaria. La delegazione direttamente fatta dagli eredi sarebbe dunque irregolare. La legge non dà nessuna norma speciale circa la competenza territoriale del pretore; ma è da ritenere, nel suo silenzio, che un magistrato non possa esercitare la podestà di cui è parola se non nei confini della propria giurisdizione. Laonde se la sostanza ereditaria si trovi in più mandamenti, tante saranno le domande quante le preture competenti; ed altrettanti pure saranno gli inventari, a meno che riesca possibile far delegare uno stesso notaio da tutti i pretori, o questo sia stato designato dal testatore.

L'inventario domandato da uno degli aventi diritto giova a tutti coloro che per qualunque diverso interesse lo richiedessero successivamente; quindi autorizzato e compilato una volta non può essere il caso di concedere che lo si ripeta in base ad altre domande.

Chi fa istanza per compilazione dell'inventario deve nel ricorso dichiarare la residenza, ovvero dichiarare od eleggere il domicilio nel comune o nel mandamento in cui sarà da procedersi. La elezione del domicilio è mestieri sia accompagnata da indicazione di un domiciliatario (capov. art. cit.). La legge però non commina nullità per la inosservanza di questo precetto.

924. Se ha preceduto l'apposizione dei sigilli e l'inventario debba essere eseguito da notaio, il cancelliere della pretura è tenuto a consegnargli, affinchè egli possa effettuare la rimozione dei sigilli stessi, le chiavi delle porte che furono suggellate, la copia del processo verbale di suggellamento e quella del decreto che autorizza la rimozione, non che

la copia del decreto che avesse autorizzato l'accesso del pretore o del cancelliere nei luoghi dove i sigilli erano già stati apposti (v. n. 914). Se vi sono state opposizioni alla rimozione dei sigilli, definite con sentenza, la parte che chiede l'inventario dovrà necessariamente presentarne la copia e provarne inoltre il passaggio in giudicato se non sia provvisoriamente esecutiva. Avvertasi però che al cancelliere potrebbero essere notificati atti di opposizione nella forma indicata al n. 918, tendenti non già ad impedire la rimozione dei sigilli, ma semplicemente a far sì che essa debba avere luogo e l'inventario abbia da compilarsi soltanto in concorso o previa citazione degli opponenti. Ad ogni modo il cancelliere deve redigere una completa nota dei nomi degli opponenti, dei loro domicilii o residenze, colla data rispettiva delle dichiarazioni e trasmetterla al notaio, che la unirà all'inventario insieme colle copie degli altri atti superiormente indicati (art. 867).

925. Il notaio od il cancelliere non possono procedere all'inventario se non dopo l'adempimento di una formalità importantissima, la citazione cioè delle persone che presumibilmente hanno un interesse più immediato ad assistere a quell'atto. Appunto perchè l'inventario una volta compiuto deve giovare a tutti coloro che potevano promuoverlo, vuole la legge che si effettui codesta citazione, prevenendo di tal guisa il pericolo di future controversie. Le persone da citarsi sono: 1° il coniuge superstite; 2° gli eredi legittimi presunti; 3° l'esecutore testamentario, gli eredi istituiti od i legatari quando il testamento sia noto; 4° i creditori che fecero opposizione alla rimozione dei sigilli (art. 868). L'obbligo della citazione è limitato a questi soli creditori, in quanto essi colla diligenza spiegata hanno già preso parte attiva nella sorveglianza del patrimonio e nel controllo agli atti dell'erede. Non si può per altro escludere pei creditori che non fecero opposizione il diritto d'intervenire volontariamente durante la compilazione dell'inventario. È notevole, e conferma le osservazioni esposte al n. 911 *bis*, il silenzio della legge circa il diritto del pubblico ministero di opporsi alla rimozione dei sigilli e di intervenire all'inventario nei casi indicati al n. 3 dell'art. 849.

926. La citazione è fatta a cura dell'uffiziale procedente ed a spese della parte istante. Essa indica il luogo, il giorno e l'ora in cui si incomincieranno le operazioni (art. 869).

A rendere più spedito il procedimento si è stimato di limitare la notificazione personale della citazione a quelli fra gli interessati predetti che hanno od hanno eletto il domicilio od hanno la residenza nella giurisdizione del tribunale nella quale si deve eseguire l'inventario. Per coloro che non hanno tale domicilio o residenza, si supplisce colla delegazione che il pretore, a domanda di chi promosse lo inventario, conferisce ad un notaio del luogo, di assistere all'atto come rappresentante di codeste parti, libero sempre il loro spontaneo intervento personale. E questo notaio viene citato come loro rappresentante. Il termine minimo della citazione è di tre giorni (art. citato, capov. secondo e terzo).

Disputano gli interpreti intorno alle conseguenze della omessa citazione di alcuno di coloro che vi hanno diritto. Il caso di omissione non è tanto difficile a verificarsi, massime rispetto agli eredi legittimi presunti, che possono essere non bene conosciuti. Sembra ragionevole ritenere che, in difetto di espressa comminatoria, questa circostanza non produca nullità. Bensì, la parte che non fu citata mentre doveva esserlo, avrà diritto di respingere le risultanze dell'inventario e provocarne le opportune rettifiche, dando convenienti prove a suffragio delle proprie domande. Potrà altresì ripetere il risarcimento di quei danni che fosse in grado di stabilire d'aver sofferti per il mancato suo intervento. Infine in un caso potrà anche instare per l'annullamento dell'inventario, quando cioè vi si riscontrasse una vera e propria mancanza di formalità essenziali, come se niuno degli interessati fosse stato citato, o vi avesse proceduto un uffiziale non delegato regolarmente, o si fosse omessa la stima dei mobili, od il perito non avesse prestato giuramento, ecc. Avvertasi per altro che la comparizione volontaria sanerebbe il difetto derivante dalla omessa citazione.

927. I beni mobili che sono oggetto d'inventario devono essere stimati; oltre che per gli altri effetti a cui è destinato l'inventario, la stima è utile per completare la loro

identificazione. L'uffiziale procedente nomina per la stima uno o più periti, secondo meglio consigliano le circostanze. Il giuramento dei periti è prestato davanti lo stesso uffiziale (art. 870).

928. Circa la forma ed il contenuto dell'inventario, è tanto particolareggiata la disposizione dell'art. 872, che basta riferirla integralmente. Oltre le formalità stabilite per gli atti di notaio (e quindi compresa l'assistenza di due testimoni), esso deve contenere:

1° il nome e cognome, la condizione dell'istante e la dichiarazione o l'elezione di domicilio o di residenza da lui fatta (v. n. 923);

2° il nome e cognome e la residenza degli intervenuti, dei citati non comparsi e del notaio delegato a rappresentare coloro che non furono personalmente citati, colla indicazione del decreto relativo;

3° il nome e cognome, la residenza, o il domicilio dei periti nominati e l'indicazione del giuramento prestato da essi;

4° l'indicazione della citazione notificata agli interessati;

5° la menzione della ricognizione dello stato dei sigilli, della loro verificazione e rimozione, e dei provvedimenti provocati nei casi di riscontrate alterazioni (v. n. 919);

6° la designazione degli immobili, coll'indicazione della loro natura, del comune in cui si trovano, dei loro confini e dei numeri del catasto o delle mappe censuarie;

7° la descrizione e la stima dei mobili, la quale deve essere fatta a giusto valore, colla specificazione del peso e del marchio per gli oggetti d'oro e d'argento;

8° la designazione della quantità e specie delle monete per il danaro contante;

9° l'indicazione dei titoli attivi e passivi risultanti da atto pubblico;

10° la descrizione delle altre carte, scritture e note relative allo stato attivo e passivo, le quali devono sottoscriversi in principio ed in fine dall'uffiziale che procede. Dei libri e registri di commercio si deve accertare sommariamente lo stato, sottoscrivere i fogli e lineare gli intervalli dallo stesso uffiziale;

11° l'indicazione del modo con cui si sia provveduto alla custodia delle altre scritture;

12° la menzione delle persone a cui siano state consegnate le carte ed i mobili inventariati;

13° l'interpellanza fatta dall'uffiziale procedente e la risposta data sul proprio onore da coloro che prima dell'inventario ebbero la custodia dei mobili ed abitavano la casa in cui erano riposti, se conoscano che vi sia altro a descrivere e se sappiano direttamente od indirettamente che manchi alcun oggetto caduto nella successione.

Quando sorga contesa tra gli interessati se qualche oggetto debba o no inventariarsi, l'ufficiale lo descrive nell'inventario, facendo menzione delle osservazioni e istanze delle parti, le quali poi si provvederanno per la decisione delle loro controversie innanzi la sede giudiziaria competente, seguendo le norme processuali comuni.

L'inventario, dopo tutto ciò, è sottoscritto dagli interessati presenti, dai testimoni e dall'uffiziale. Esso viene similmente sottoscritto ogni volta che occorra d'interromperlo sia per sospendere momentaneamente le operazioni, sia per rimetterne il proseguimento ad altro giorno se uno solo non basti. In quest'ultima ipotesi, la continuazione ha luogo nel giorno o nei giorni successivi che l'uffiziale indica verbalmente alle parti presenti, senz'altra formalità (art. 871).

929. I mobili, le carte e gli oggetti inventariati sono consegnati alla persona nominata dalle parti interessate od in difetto designata dal pretore previo contraddittorio od almeno previa citazione degli interessati (e quindi mediante *sentenza*) sopra istanza del più diligente (art. 873). Si comprende che questa disposizione non è applicata nei casi in cui v'è una persona destinata già per legge a ricevere la custodia, come l'erede beneficiato, il curatore dell'eredità giacente, l'esecutore testamentario.

Quantunque dalle norme riferite nel numero precedente risulti che l'inventario deve fornire gli elementi per rilevare lo stato attivo e passivo della sostanza, giova tener presente che le omissioni o le dichiarazioni in esso verificatesi o contenute non fanno prova nè in danno nè in vantaggio dei terzi.

Sezione III. — *Del benefizio d'inventario.*

930. Non dobbiamo svolgere le teoriche relative l benefizio d'inventario, nè analizzare le disposizioni del codice civile intorno a così importante argomento. Le principali di queste occorre però siano rammentate per rapido cenno, onde riesca chiara l'intelligenza delle discipline processuali che stiamo per esporre.

Il benefizio d'inventario, impedendo che avvenga la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede in danno di costui (art. 968 codice civile), ha per conseguenza che l'erede, pur essendo tale ed avendo la proprietà dei beni della successione, non ottenga libertà di disporne se non dopo averli impiegati, sino a relativa concorrenza, nella estinzione delle passività ereditarie; e quindi, finchè vi sono creditori della eredità, egli riveste in confronto di questi la qualità di *amministratore* e *liquidatore* della sostanza, cogli obblighi a simili uffizi inerenti (art. 969 cod. civile). In conseguenza non può alienare i beni della successione se non dietro autorizzazione giudiziale e nelle forme particolari stabilite dalla legge di procedura, sotto pena di decadere dal benefizio se non richiegga l'autorizzazione o se, ottenutala, non segua per l'alienazione le forme prescritte (art. 973 e 974 cod. predetto). Per i beni mobili però questi vincoli producono il loro effetto soltanto nel periodo di cinque anni dall'adizione beneficiaria.

È anzitutto dell'autorizzazione alla vendita e delle forme in cui questa dev'essere eseguita che fa mestieri trattare.

931. Come per ogni altra specie di vendita operata sotto l'egida di formalità giudiziali, anche per quella dell'erede beneficiato il codice di procedura distingue, quanto alla competenza ed al rito, fra l'alienazione di mobili e quella di immobili. Se si tratta di beni mobili, l'erede che vuole ottenere l'autorizzazione ad alienarli deve chiederla con ricorso al pretore del mandamento in cui si è aperta la successione. Le forme della autorizzazione e della vendita sono analoghe a quelle stabilite per l'incanto di beni mobili in seguito a pignoramento (v. *supra*, lib. III, tit. II, capo III).

Queste sono le pure e semplici dichiarazioni che si leggono nel primo e nel secondo alinea dell'art. 875, ed è opportuno illustrarle con qualche schiarimento. Oggetto della disposizione sono i *beni mobili* in genere; questa espressione deve intendersi nel valore attribuitole dall'art. 421 del cod. civile, esclusi però il danaro e suoi rappresentativi, i crediti, i titoli del debito pubblico e simili.

Il pretore al quale si chiede l'autorizzazione è quello del luogo dove è stata aperta la successione. Ma i beni da vendere potrebbero trovarsi nella giurisdizione di altre preture. Ora, ritenuto che il pretore dovrebbe nel decreto di autorizzazione stabilire il luogo, il giorno e l'ora della vendita e delegare l'uffiziale che vi procederà, è manifesto che tali provvedimenti potranno da lui essere impartiti soltanto per i beni che si trovino nel territorio di sua giurisdizione o che possano essere ivi trasferiti. Ma se si ravvisa utile o necessario di compiere la vendita dei beni posti fuori del mandamento nel luogo stesso in cui si trovano, il pretore, dopo avere autorizzata la vendita, dovrà rimettere l'erede a provocare, dal pretore del mandamento in cui deve eseguirsi, gli ulteriori provvedimenti suaccennati.

Il ricorso ed il decreto appartengono agli atti di *giurisdizione volontaria?* No di certo, perchè l'intervento dell'autorità giudiziaria è qui richiesto in considerazione del conflitto attuale o virtuale che esiste fra l'erede amministratore ed i creditori dell'eredità. E la legge ha meglio scolpito simile concetto ricorrendo alle forme di vendita stabilite pei casi di spropriazione forzata che appartengono eminentemente alla giurisdizione contenziosa. Supponendo adunque che il pretore ricusi l'autorizzazione alla vendita, come potrà lo erede impugnare il decreto? Non già, secondo da taluni si insegna, reclamandone al presidente del tribunale nella forma indicata dall'art. 782, applicabile, già lo avvertimmo, soltanto alla giurisdizione volontaria (v. n. 921); ma bensì instaurando un giudizio regolare in confronto di chi fosse per avventura interessato ad opporsi alla vendita. Non è infatti ammissibile che il rifiuto del pretore possa essere semplicemente arbitrario; di codeste ipotesi la legge non ne contempla. Esso avrà la sua causa determinante nella

conoscenza e nell'apprezzamento di qualche interesse contrario alla vendita; è per ciò che solo in contraddittorio dell'interessato, ed osservate le regole della competenza per valore, dovrà promuoversi la risoluzione della controversia. Ad ogni modo, come vedremo più innanzi, l'erede non si troverà mai nella impossibilità di avere un legittimo contraddittore, che, in difetto di altri, sarà la stessa eredità beneficiata, come *nomen juris*, rappresentata da un curatore speciale (v. n. 938).

Le forme della vendita esecutiva saranno osservate, *in quanto applicabili*. Quindi si procederà alla formazione dei bandi, alle notificazioni, alle pubblicazioni che possono essere del caso; si stimeranno gli oggetti d'oro e d'argento e gli altri per cui il pretore lo creda necessario; sarà permessa l'abbreviazione dei termini nei casi urgenti; si ripeterà lo esperimento degli incanti quando manchino oblatori, ecc.

932. Quanto al prezzo della vendita, la sua destinazione sarà diversa a seconda dei casi.

L'art. 976 del codice civile dispone genericamente che allorquando all'erede sono notificate opposizioni per parte di un creditore o di altro interessato, egli non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinati dall'autorità giudiziaria. L'ultimo capoverso dell'art. 875 del codice di procedura dichiara: « Il prezzo della vendita in caso di opposizione si distribuisce a norma di legge ». Vuolsi ritenere pertanto che i creditori possono intimare opposizioni preventive all'erede, non aventi particolare riguardo al prezzo di una determinata vendita, ma riferentisi in genere a qualunque erogazione delle attività ereditarie; e possono, invece od inoltre, proporre opposizione sul prezzo della vendita mediante notificazioni all'erede ed all'uffiziale incaricato dell'incanto, siccome è stabilito dall'art. 646 (v. n. 749). In quest'ultima ipotesi le cose procedono molto semplicemente; l'uffiziale incaricato dell'incanto depositerà giudizialmente il prezzo, che non potrà essere pagato se non in seguito a procedimento regolare di assegnazione davanti il pretore, con i metodi spiegati nel capo IV del titolo II del precedente libro III. Nel caso di opposizioni generiche notificate all'erede preventivamente si seguiranno le stesse regole,

qualora tali opposizioni siano dall'erede denunziate. Se egli non denunzi veruna opposizione, e nessuna ne sia notificata all'uffiziale procedente, il prezzo della vendita deve essere consegnato all'erede, il quale però avrà così agito a proprio rischio e pericolo e subirà le eventuali conseguenze della commessa violazione di legge. Ciò fa rilevare come vi sia una certa imperfezione nelle discipline che stiamo esaminando; essa è riconosciuta da tutti i giuristi ed in particolare dai commentatori dell'art. 976 del codice civile patrio e del corrispondente art. 808 del codice civile francese.

Per la distribuzione del danaro depositato giudizialmente quali creditori dovranno essere citati? Non solo gli opponenti, ma tutti i creditori e legatari noti all'erede, poichè l'articolo 976 del codice civile è chiaro almeno nel senso di prescrivere che la opposizione di un solo creditore obbliga l'erede a non pagare *se non nell'ordine e nel modo determinati dall'autorità giudiziaria.* Il che equivale a rendere necessaria la conoscenza nel giudice di tutte le pretese creditorie che possono essere esercitate sull'asse. Ma è poi intuitivo che i creditori i quali non si presentano, o non producono i documenti giustificativi delle loro pretensioni, non parteciperanno alla distribuzione.

933. Per la vendita dei beni immobili si presenta ricorso al tribunale civile del luogo in cui si aprì la successione. il quale provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero (art. 876). Anche qui è da riproporre il quesito, quali vie dovrà seguire l'erede, se il decreto del tribunale ricusi l'autorizzazione. Se non che, dal punto di vista processuale, vi ha minore difficoltà a rispondere. Infatti l'articolo 781 contemplando tutte le specie di deliberazioni che sono da pronunziare in camera di consiglio, e così quelle relative ad affari di *giurisdizione volontaria* come quelle che riguardano materie *da trattarsi senza contraddittore*, dispone che *si può proporre reclamo* contro i provvedimenti del tribunale, mediante ricorso *all'autorità giudiziaria superiore*, che delibera similmente in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero quando del caso. Non è per certo da disconoscere che il legislatore ha poco curata la coerenza fra i precetti contenuti negli art. 781 e 782. Ma fatta questa

parte alla critica, vuolsi constatare che l'erede, contro il decreto reiettivo della domanda di vendita, potrà reclamare alla corte d'appello in camera di consiglio. Aggiungiamo tuttavia che se i motivi per cui l'autorizzazione viene negata, si collegano ad un conflitto di interessi fra l'erede ed un terzo, o fra l'erede e l'eredità, la risoluzione di questo dovrebbesi promuovere nelle forme contenziose ordinarie, come abbiamo detto al n. 931.

934. Autorizzando la vendita il tribunale nomina uno o tre periti per la stima dei beni e assegna l'udienza per l'incanto (art. 877). Se i beni da vendere non si trovano, in tutto od in parte, nel territorio soggetto alla giurisdizione del tribunale dell'aperta successione, dovrà l'incanto seguire ugualmente innanzi ad esso. Il legislatore gli ha attribuita una competenza eccezionale; nè ad attuarla osta la difficoltà rilevata rispetto ai pretori di dare provvedimenti che dovrebbero talvolta essere eseguiti materialmente fuori dai confini della propria giurisdizione.

Nella vendita si osservano le disposizioni relative alla istanza di spropriazione forzata (v. *supra,* capo II, tit. III, libro III) *in quanto siano applicabili* (art. 877 primo capoverso). Quindi il tribunale nel decreto potrà stabilire speciali condizioni di vendita; il cancelliere dovrà formare il bando; chi intenda offrire all'incanto dovrà depositare il decimo e le spese; il procedimento dell'incanto seguirà le regole date per la spropriazione in base a perizia; la delibera si farà per sentenza; sarà permesso l'aumento del sesto; il deliberatario sarà soggetto alla rivendita se non adempia le condizioni stabilite, ecc. Ma è opinione comune, che noi pure accogliamo, doversi far luogo al ribasso di decimi in mancanza di offerenti solo quando lo domandi l'erede, il quale è sempre libero di ritenere la proprietà e provvedere altrimenti al bisogno di numerario, piuttosto che cederla a vile prezzo. Rammentisi poi che l'erede stesso non è escluso dall'offrire all'incanto (v. n. 778), regola questa che vale anche per le vendite di beni mobili.

935. Il prezzo della vendita si distribuisce secondo le norme del giudizio di graduazione (art. 877, capov. secondo). Ciò significa che il bando avrà dovuto essere notificato a tutti

i creditori iscritti, con invito a presentare le loro domande di collocazione accompagnate dai documenti giustificativi. E le collocazioni avranno luogo nell'ordine delle iscrizioni. Ma il bando dovrà essere stato notificato anche ai creditori non ipotecari ed ai legatari non soddisfatti, qualora alcuno di essi abbia fatta opposizione nei sensi dell'articolo 976 codice civile; poichè di regola l'avanzo del prezzo, dopo il pagamento dei creditori ipotecari, spetterebbe all'erede; ora l'effetto delle opposizioni è quello, già rilevato, ch'egli abbia a disporre delle attività ereditarie nell'ordine e nel modo stabiliti dall'autorità giudiziaria. Ed una sede opportuna a deliberare su ciò è appunto il giudizio di graduazione.

I creditori che, notificati del bando, non compariscano nel giudizio di graduazione conservano l'azione contro l'erede nei limiti delle attività ereditarie. Quindi se avevano iscrizione ipotecaria sui beni venduti soggiaceranno alle conseguenze della propria negligenza, vale a dire la perderanno in virtù della sentenza che omologa lo stato di graduazione.

Se poi non vi è nessun creditore ipotecario e nessun opponente, il prezzo sarà da pagarsi per intiero all'erede; e potrà in questo caso prescindersi dal giudizio di graduazione, che risolverebbesi in una formalità inutile e dispendiosa, fissando invece nel decreto di autorizzazione a vendita un termine congruo per il pagamento.

È quasi superfluo dire che al giudizio di graduazione parteciperanno anche i creditori particolari dell'erede che abbiano ipoteche sui beni che sono stati venduti; ad essi pure deve essere quindi notificato il bando.

936. I riti sinora indicati si osservano integralmente quando l'erede beneficiato è persona *sui juris*. Se invece è un minore od altra persona o corpo morale per cui l'adizione beneficiaria sia per legge obbligatoria, le forme della autorizzazione a vendita sono quelle stabilite per l'alienazione dei beni di tali persone (art. 878). Nel titolo seguente (num. 993 e segg.) ci occupiamo in particolare della vendita dei beni dei minori e delle forme di autorizzazione relative. La vendita degli enti ereditari deve, in ogni caso, essere eseguita in conformità alle regole esposte di sopra. E così deve uniformarvisi la distribuzione del prezzo.

936 *bis*. La questione se il magistrato possa autorizzare l'erede beneficiato a vendere i beni a trattativa privata derogando alle norme generali e speciali fin qui esposte, è stata risoluta in senso affermativo dalla corte di cassazione di Napoli, rispetto ai beni mobili, con un ragionamento ingegnoso (1). Osservò la corte che nel caso di eredità raccolta da minori si applicano (come or ora fu detto) le norme prescritte per la vendita dei loro beni. Ma per l'articolo 290 del codice civile il consiglio di famiglia può autorizzare il tutore a vendere i beni mobili a trattativa privata. Non v'è motivo per negare simile facoltà al genitore, quando il minore sia soggetto alla patria potestà; anzi, per argomento dall'art. 225 dello stesso codice, si può ritenerla stabilita, quando il magistrato vi consenta. Ciò posto, la logica impone di accogliere analoga conclusione quando si tratta di erede *sui juris*.

Quantunque non manchino decisioni in senso contrario, questa soluzione sembra preferibile, giacchè male si concepisce la ragionevolezza e la giustizia della decadenza dell'erede dal benefizio d'inventario, quando egli abbia agito in conformità di autorizzazione giudiziale.

937. L'erede con benefizio d'inventario, sopra domanda di qualunque creditore od altro interessato, può venire obbligato, secondo si ricava dall'art. 975 del codice civile, a dare *idonee cautele* per il valore dei beni mobili compresi nell'inventario, pei frutti degli immobili e per il prezzo dei medesimi che potesse sopravanzare al pagamento dei creditori ipotecari. Quando ciò gli sia stato imposto ed egli non lo adempia, l'autorità giudiziaria *provvede per la sicurezza degli interessati*, nominando, per esempio, un amministratore in luogo dell'erede.

Altra obbligazione dell'erede stesso è quella di *rendere conto della propria amministrazione* ai creditori ed ai legatari, sotto pena di essere costretto a pagarli con propri beni, dopo essere stato costituito in mora alla presentazione del conto (art. 969 del codice predetto).

---

(1) Cass. Napoli, 11 settembre 1897, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 1029; confronta cass. di Firenze, 9 luglio 1894, *Annali*, 1894, I, 353, relativa alla vendita di beni immobili.

Le regole di procedimento da osservare per le istanze che abbiano riferimento a siffatti obblighi dell'erede sono tracciate nell'art. 879 del codice di procedura. Le domande sono proposte con citazione in via sommaria davanti il pretore od il tribunale del luogo dell'aperta successione, secondo il valore della causa. Se davanti l'autorità da adirsi fosse già pendente un giudizio tra l'istante e l'erede, sopra oggetto connesso all'argomento, la domanda per la prestazione di idonee cautele o per il rendimento di conti si propone in forma d'incidente. Il che potrà aver luogo sempre che la lite pendente si tratti a rito formale; altrimenti sarà ancora da effettuarsi citazione in via sommaria.

938. Rimanendo separati i patrimoni per effetto del benefizio d'inventario, l'erede può esercitare contro l'eredità le azioni relative al pagamento dei crediti da lui professati verso il defunto (art. 968 cod. civ.). Ma non essendo ammissibile ch'egli sostenga in giudizio le due parti di attore e convenuto simultaneamente, non può farsi luogo all'esercizio di tali azioni se non provvedendo in prima ad una speciale rappresentanza della eredità per mezzo di curatore. La nomina del curatore deve essere promossa dall'erede innanzi l'autorità giudiziaria che dovrà conoscere dell'azione, la quale sarà d'ordinario quella del luogo dell'aperta successione. Se più siano gli eredi e tutti promuovano la stessa azione, osservasi il medesimo metodo. Invece quando fra più coeredi alcuni soltanto agiscano contro l'eredità, la rappresentanza di questa è naturalmente devoluta agli altri e non occorre la nomina del curatore speciale (art. 880).

939. Un'ultima regola dobbiamo menzionare. L'erede con benefizio d'inventario, trascorsi trenta giorni dalla trascrizione e dalla pubblicazione dell'atto di accettazione, prescritto nell'art. 955 del cod. civ., ha diritto di fare transazioni relativamente alle controversie che interessano il patrimonio ereditario. Tale diritto non gli potrebbe essere negato se non sconoscendo in lui la qualità di proprietario dei beni componenti la successione. Se non che, in vista della gravità dell'atto di transazione, che è o può essere sostanzialmente un atto di disposizione, volle il legislatore che l'efficacia del medesimo venisse subordinata all'approvazione della

autorità giudiziaria. La quale, prima di approvare la transazione, può chiedere il voto di uno o più giureconsulti da essa nominati ed approvandola può imporre le cautele che reputi convenienti. La domanda per approvazione si fa con ricorso al pretore se l'oggetto del contratto non ecceda il valore di lire millecinquecento e negli altri casi al tribunale civile che pronunzia in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero (art. 881).

La transazione regolarmente approvata è valida in confronto di chiunque, se non si dimostri che vi sia stata frode. Questa disposizione ha una particolare importanza, perchè manifesta come la detta approvazione non appartenga agli affari di volontaria giurisdizione, sebbene ne abbia tutta l'apparenza. Infatti i provvedimenti di giurisdizione volontaria non producono mai effetto in confronto dei terzi, ossia di coloro che non vi sono intervenuti. E la ingerenza del magistrato è qui prescritta a tutela dell'interesse dei creditori dell'eredità, vale a dire, come già avvertimmo, in contemplazione del conflitto che sempre esiste, o palese o latente, fra loro e l'erede beneficiario quale amministratore della sostanza.

Sezione IV. — *Delle divisioni.*

940. L'apertura della successione, quando siano più gli eredi, dà origine fra loro al rapporto di comunione che si scioglie mediante la *divisione*, salvo il caso che questa sia già stata effettuata dall'ascendente (art. 1044 cod. civ.). Nessuno può essere obbligato a stare in comunione e lo scioglimento può essere domandato da qualunque dei coeredi o partecipanti; nè il testatore può togliere questo diritto, solamente ha la facoltà di limitarlo prescrivendo che l'esercizio ne sia dilazionato sino all'anno successivo alla età maggiore del più giovane fra gli eredi, pur essendo in potere dell'autorità giudiziaria di valutare le circostanze gravi ed urgenti che consiglino di non attendere a questa disposizione (art. 681 e 984 codice predetto). Quando la divisione non si voglia o non si possa effettuare nelle vie amichevoli, ciascun coerede può pertanto promuoverla giudizial-

mente. E poichè le operazioni relative sono tra le più delicate di un'amministrazione patrimoniale ed insieme fra le più complesse, era indispensabile che il codice di procedura porgesse alle medesime il soccorso di un rito particolare a tutela di tutti i molteplici interessi che vi si trovano coinvolti. Questo rito, che ora esamineremo, si applica oltre che alle divisioni ereditarie, anche alle azioni per lo scioglimento di qualsivoglia altra comunione civile (art. 684 cod. civile). Per lo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali provvede il codice di commercio (art. 189 e seguenti).

941. La divisione si promuove nelle vie giudiziali quando i coeredi non siano d'accordo per eseguirla in forma amichevole. È necessario adunque anzitutto che al difetto di accordo spontaneo supplisca l'accordo coatto, ossia che il magistrato con una sua pronunzia presti l'adesione in luogo e vece dei dissenzienti, a predisporre il contratto che dovrà poi ricevere la di lui sanzione. In conseguenza di che la prima fase del giudizio divisionale consiste nel provocare siffatta pronunzia, vogliamo dire di una sentenza che *autorizzi* a procedere alle divisioni.

Si tratta di proporre una domanda che ha tutti i caratteri di un giudizio di dichiarazione. Le regole di competenza da osservare per essa sono adunque quelle ordinarie in quanto al valore; e cioè, se il valore della eredità non supera lire millecinquecento ne conosce il pretore, altrimenti il tribunale. Quanto al territorio, sappiamo dall'articolo 94 che seguesi il *forum hereditatis* (vol. I, n. 164). Ma la divisione in natura può risultare incomoda relativamente agli immobili; ed allora, se le parti non s'accordano per una licitazione avanti notaio, conviene vendere i detti beni agli incanti giudiziali (art. 988 cod. civ.). Il legislatore ha creduto di dover applicare anche a questa vendita il criterio eccezionale di competenza accolto per le esecuzioni forzate immobiliari, prescrivendo che quando pure il giudizio sia di competenza del pretore, la vendita giudiziale degli immobili non suscettivi di comoda divisione abbia da farsi innanzi il tribunale (capov. art. 883).

942. La sentenza pronunziata per l'autorizzazione alla divisione è appellabile nelle forme e nei termini ordinari

Ma l'ulteriore procedimento, qualunque sia l'esito dell'appellazione, deve essere rimandato avanti l'autorità di prima istanza competente, appunto perchè la sua competenza è stata determinata dal criterio della opportunità per gli interessati di trattare le loro controversie nel luogo per tutti più comodo e conveniente (articolo 885). E così dicasi pel caso di appellazione da sentenze proferite nel corso delle operazioni.

Ma la detta sentenza, al pari delle altre che nel giudizio divisionale possano occorrere, è sottratta alla opposizione del contumace, come fu disposto per le sentenze pronunziate nei giudizi d'esecuzione (v. n. 721); nè fa mestieri che sia rinnovata la citazione ai convenuti non comparsi, i quali non siano stati notificati in persona propria (art. 895).

942 *bis*. Circa il contenuto della sentenza in parola, sorgono talvolta discussioni che, a dir vero, non avrebbero ragion d'essere. È certo che la prima indagine da fare, quando taluno domanda in confronto ad altri che si proceda a una divisione, è quella relativa all'accertamento della esistenza di una comunione, e quindi alla estensione e all'indole della medesima (universale o particolare). Pertanto il magistrato non potrà pronunziare l'ordine di divisione, se non dopo risolute le controversie relative agli oggetti suaccennati e quelle concernenti la integrità del contradditorio, il quale deve essere istituito in confronto a tutti gli interessati. Se poi fra questi sorgano dispute preliminari intorno alla misura delle rispettive partecipazioni, dei diritti di prelevamento, degli obblighi individuali di conferimento, di quelli di rendiconto, ecc., dovrà la decisione su tali punti essere proferita, previo l'esaurimento, quando occorra, degli opportuni atti di istruttoria, con la sentenza di cui è ora discorso. Nè sarebbe corretto, poichè nessuna disposizione di legge lo autorizza, che il magistrato in simili casi ordinasse la divisione rimettendo le parti a discutere le indicate loro contese avanti il notaio o il giudice delegato, sotto pretesto che in tal sede possa essere tentata l'amichevole composizione delle medesime.

Ciò non esclude, naturalmente, che le dispute sugli argomenti di sopra accennati e su ogni altro analogo, non

proposte e quindi non risolute nel primo stadio del giudizio divisionale, potranno essere messe in discussione nel corso ulteriore del procedimento.

Da quanto fu detto risulta chiaro che la sentenza la quale ordina la divisione, se è interlocutoria rispetto allo svolgimento complessivo del giudizio, è definitiva quanto all'ordine di scioglimento della comunione e alle controversie decise nei sensi suespressi. Perciò dopo la pronunzia di essa non può verificarsi perenzione d'istanza, se non per gli atti di procedura posteriormente intrapresi.

943. Chi promuove il giudizio di divisione deve citare tutti gli altri coeredi ed i loro cessionari, non meno che i creditori opponenti (art. 882). Rispetto ai creditori opponenti è da ricordare come per l'art. 680 del codice civile (implicitamente richiamato dall'art. 1000 dello stesso codice) i creditori di un partecipante ed i suoi cessionari possono opporsi alla divisione a cui si proceda senza il loro intervento e possono intervenirvi a proprie spese. E possono impugnare la divisione posteriore alla notificata opposizione, che sia seguìta senza loro citazione; salvo sempre inoltre il diritto d'impugnarla, quando anche non abbiano fatta opposizione, nel caso di frode, e salva la facoltà di esercitare le ragioni del rispettivo debitore o cedente in qualsivoglia ipotesi.

944. Autorizzata la divisione dal tribunale o dal pretore competente si procederà ad eseguirla. A tal uopo rendesi necessario compiere le operazioni designate a larghi tratti negli articoli 897 *usque* 997 del codice civile. Occorre cioè di accertare in primo luogo se, essendovi sequestri o pignoramenti sui mobili, od opposizioni di creditori alla loro divisione in natura, o deliberazione di alienarli da parte della maggioranza degli eredi, si abbia da farne la vendita ai pubblici incanti. Nella quale eventualità osservansi le forme stabilite per la vendita dei beni mobili, dei censi e delle rendite che siano oggetto di esecuzione forzata, *in quanto risultano applicabili* (art. 886). Si deve ancora esaurire la ricerca sopra la comoda divisibilità degli immobili e nel caso che dia risultato negativo procedere alla loro vendita; la quale, se debba aver luogo per incanto giudi-

ziale, si effettua nelle forme che più oltre vedremo prescritte per la vendita dei beni immobili dei minori (v. num. 993 e seguenti). Nel bando devono indicarsi i nomi dei condividenti o dei loro procuratori: ed oltre le pubblicazioni ed affissioni ordinate riguardo alla vendita dei beni di minori (articolo 827), deve altresì essere fatta la notificazione ai condividenti ed ai procuratori dei creditori intervenuti nel giudizio.

Per tutte le indicate formalità preliminari e per le discussioni intorno ad esse e ad ogni altra questione che possa nascere fra gli interessati, la sentenza che autorizza la divisione può delegare un giudice (capov. art. 884), davanti al quale si procederà eziandio in pubblica udienza alla vendita degli immobili. Nascendo controversie fra le parti che non ottengano risoluzione in via amichevole, il giudice dovrà rimetterle innanzi il tribunale per la trattazione in forma incidentale.

Ma può essere superflua la delegazione del giudice, specialmente quando delle pratiche di vendita anzidette non si manifesti il bisogno. In tal caso il tribunale senz'altro, nella sentenza che ordina la divisione, elegge il notaio col ministero del quale si dovranno compiere gli atti divisionali. La nomina del notaio può essere invece fatta dal giudice, quando la delegazione di questo abbia avuto luogo (articolo 887).

945. Innanzi al notaio i condividenti devono procedere a tutti i conti che tra loro sono da rendersi, in guisa da poter formare definitivamente lo stato attivo e passivo della eredità, determinando in relazione ad esso le rispettive porzioni ereditarie ed i conguagli e rimborsi fra le parti dovuti. Oltre a ciò devono essere accertate le collazioni che ciascun erede è tenuto a fare di quanto gli fu donato dal testatore e delle somme di cui è debitore, o diversamente si determinano i prelevamenti cui gli altri coeredi avranno diritto (articoli 990, 991, 992 codice civile). Fissati per tale maniera lo stato e l'entità del patrimonio da dividere procedesi alla formazione delle quote (art. 993, 994, 995 codice predetto). Questa parte importantissima e decisiva delle operazioni divisionali, se non può essere eseguita da uno

dei coeredi o da altra persona scelta dai condividenti, viene affidata ad un perito che il notaio stesso elegge e di cui riceve il giuramento. La relazione, ossia la proposta di formazione delle quote fatta dal perito o dall'incaricato delle parti, deve presentarsi in iscritto al notaio (art. 996 codice civile, art. 891 cod. di procedura).

946. Delle operazioni menzionate si inizia un processo verbale tenuto dal notaio senza assistenza di testimoni, nel giorno ed ora che egli fissa e del quale dà avviso ai coeredi ed ai creditori intervenuti. L'avviso è fatto notificare a mezzo d'usciere cinque giorni almeno avanti a quello destinato; se il luogo della notificazione e quello in cui si deve comparire facciano parte di giurisdizioni diverse ma limitrofe di tribunali, od anche non limitrofe ma comprese in quella della stessa corte d'appello, il termine aumenta a dieci giorni, in conformità al n. 5 dell'art. 147; se le giurisdizioni dei tribunali non limitrofe sono in giurisdizioni limitrofe di corti d'appello, il termine è di giorni venti, giusta il n. 4 dell'art. 148; negli altri casi di giurisdizioni più lontane tra loro il termine è quello di giorni venticinque fissato al n. 5 dello stesso articolo (v. art. 888).

947. È ben difficile che nel giorno indetto per la convocazione possano esaurirsi tutte le operazioni commesse al notaio. Fu quindi permesso il differimento ad altri giorni ed ore che il notaio destina di volta in volta; il processo verbale, per quanto sia il numero delle adunanze, rimane sempre aperto; e si continua, fino al momento della chiusura senza bisogno di rinnovare gli avvisi per la comparizione degli interessati.

Solo dopo compiute le operazioni dette al n. 945 e presentata dall'incaricato la relazione sulla formazione delle quote, le parti tutte devono venire nuovamente citate (a meno che si presentino volontariamente) per comparire a giorno ed ora determinati nello studio del notaio e quivi assistere alla chiusura del processo verbale, sentirne la lettura e sottoscriverlo (articolo 892). I termini indicati nel numero precedente sono da osservare anche per tale citazione, che viene eseguita a cura della parte più diligente (articolo citato).

Così si giunge a preparare un *progetto di divisione*, riassunto in tutti i suoi particolari nel processo verbale del notaio e nella relazione dell'incaricato a formare le quote, la quale al medesimo processo verbale va unita (art. 891 ultimo capoverso).

948. Di codesto progetto di divisione ciascun interessato ha diritto di chiedere estratti per poterlo studiare a proprio agio, ed il notaio ha obbligo di rilasciarli (art. 893).

La redazione del processo verbale delle operazioni è regolata dall'articolo 889, a senso del quale esso deve contenere:

1° L'indicazione del luogo, dell'anno, mese e giorno in cui si apre e delle rimessioni ad altri giorni ed ore;

2° Il nome e cognome e la residenza del notaio, colla data del decreto o della sentenza di sua nomina per l'incarico di cui si tratta e la indicazione dell'autorità delegante;

3° I nomi, i domicilii o le residenze delle parti e la menzione dell'avviso dato a ciascuna;

4° L'indicazione delle parti intervenute a ciascuna seduta e di quelle non intervenute.

Inoltre vi devono essere specificate mano mano le singole operazioni delle quali esso serve come documento.

949. Nell'adempimento dell'incarico così affidatogli, il notaio, oltre che fungere da pubblico uffiziale, rappresenta direttamente l'autorità giudiziaria che lo ha delegato. Ma egli non può sostituirla nell'esercizio di atti giurisdizionali, se non nella ristretta cerchia dei poteri ordinatorii di un giudice delegato. Per conseguenza, se nasce una qualunque controversia incidentale fra le parti nel corso delle operazioni, egli deve farne processo verbale *separato* rimettendo i contendenti innanzi il magistrato competente, a udienza fissa. Alla cancelleria dello stesso magistrato egli trasmette il processo verbale dell'incidente, nel termine di due giorni dalla data (art. 890). Qualora la disputa sorga in tema di rendiconto, si seguiranno le norme dell'art. 322 (volume I, n. 417). Vogliamo dire che se il notaio non riesca a conciliare le parti, indicherà nel processo verbale che trasmette all'autorità competente quali sono le partite impugnate e quali le osservazioni delle parti intorno ad esse. Le opera-

zioni rimarranno sospese fino al passaggio in giudicato od alla accettazione della sentenza relativa all'incidente, salvo che sia possibile compierne nell'intervallo qualcuna indipendente dall'oggetto della disputa.

950. Quando finalmente il processo verbale sia chiuso e completato mercè la relazione sulla formazione delle quote, è indispensabile che il magistrato il quale ordinò la divisione ne approvi il progetto da questi atti emergente, al quale scopo il processo verbale sottoponesi alla sua *omologazione*, mediante deposito che il notaio ne fa presso la cancelleria nel termine di cinque giorni dalla avvenuta chiusura e mediante citazione che la parte più diligente intimerà alle altre affinchè compariscano in giudizio e discutano sulla approvazione o sulle varianti o sulle eccezioni che gli interessati credano di proporre. La formalità della omologazione, di cui è cenno nel capoverso dell'art. 893 e nel primo alinea dell'art. 894, potrebbe anche essere omessa qualora tutte le parti, essendo maggiorenni, accettassero spontanee il progetto, e richiedessero unanimi il notaio di tradurlo in istromento divisionale, con assegnazione concordata o con estrazione a sorte delle quote. L'intervento dell'autorità giudiziaria è infatti destinato, anche in questa fase, a decidere le controversie per avventura insorgenti od a supplire all'adesione dei non comparsi o dei dissenzienti.

La omologazione è pronunziata mediante sentenza, appellabile nelle forme e nei termini ordinari; essa può arrecare al progetto divisionale tutte le varianti che il magistrato stimi conformi a giustizia, senza però che possano essere modificate le deliberazioni sulle quali le parti siano state tutte consenzienti, giacchè rispetto a questi punti la legge del contratto si impone anche al giudice.

951. Approvato giudizialmente il progetto, rimane la ultima fase della procedura, che è l'*estrazione a sorte delle quote*. Vi si procede davanti al notaio il quale erige il relativo processo verbale nella forma degli atti pubblici del suo ministero; l'estrazione si effettua anche in assenza di taluni dei condividenti, ed è per tutti ugualmente obbligatoria. Il processo verbale della medesima costituisce il vero e proprio *atto di divisione* e ne ha il valore (capov., art. 894).

È da avvertire però che l'estrazione a sorte in forma pura e semplice non può aver luogo se non quando tutte le quote siano di uguale valore. Quando debbano essere diverse, l'autorità giudiziaria nella sentenza di omologazione decide se abbiasi da procedere per estrazione a sorte o per attribuzione, in tutto od in parte (art. 996 del cod. civ.).

Sezione V. — *Amministrazione dell'eredità giacente.*

952. Si reputa giacente una eredità, come dichiara l'art. 980 del cod. civ., quando l'erede *non sia noto*, o gli eredi legittimi o testamentari abbiano *rinunziato.* Allora è da provvedere alla *amministrazione* e *conservazione* dei beni ereditari per mezzo di un curatore. La rinunzia degli eredi testamentari o legittimi dà occasione alla nomina del curatore quando sia fatta per parte di tutti gli eredi noti; se avesse rinunziato l'erede testamentario e si conoscesse un erede legittimo, o se questo pure avendo rinunziato fosse noto altro successibile avente diritto di subentrargli nella qualità medesima, mancherebbero gli estremi per cui l'eredità si può considerare *giacente.* Quanto alla *notorietà* della persona dell'erede, conviene riferirla al luogo dell'aperta successione; salvo che constasse positivamente essere noto altrove l'erede, quantunque nel detto luogo non lo si conosca.

La nomina del curatore è fatta, sopra istanza delle persone interessate, od anche d'uffizio, dal pretore del mandamento in cui la successione si è aperta, mediante decreto che dev'essere pubblicato per estratto a cura del cancelliere nel foglio degli annunzi legali (art. 981 codice predetto). Il codice di procedura (art. 896) soggiunge in questo proposito che il pretore medesimo fissa nel decreto il termine per la pubblicazione e quello altresì per la affissione di copia di esso alla porta esterna della sede della pretura e per la notificazione di altra copia al curatore eletto. Tali pratiche si eseguiscono per ministero d'usciere a diligenza del cancelliere.

953. Il curatore non può assumere l'amministrazione se non dopo avere prestato giuramento dinanzi al pretore di *custodire fedelmente i beni dell'eredità, di renderne conto*

sempre che ne sia richiesto e di amministrare da buon padre di famiglia. Il processo verbale del giuramento è annesso al decreto di nomina che si conserva in originale presso il cancelliere (art. 897).

Della opportunità di questo giuramento non sapremmo dirci persuasi, avvegnachè essendo libero il pretore di scegliere pel delicato uffizio quella persona che meglio reputa idonea a tenerlo, per capacità e per moralità, la guarentigia più certa e più vera di una buona scelta sta nell'avvedimento con cui egli vi proceda.

L'obbligo di *rendere il conto* è accennato anche negli articoli 982 e 983 del codice civile. Ed anzitutto dovrà il curatore prestarsi a questo atto allorquando si presenti l'erede; ma potrà avvenire anche che i creditori dell'eredità glielo domandino: un altro caso di presentazione del rendiconto si avrà qualora il curatore voglia cessare dall'incarico, o qualora il pretore gliene imponga la presentazione per accertarsi del modo in cui adempie il proprio dovere. Infatti il pretore, come può procedere d'uffizio alla nomina del curatore, può senza dubbio rimuoverlo dalla carica, pure d'uffizio, e sostituirgliene altro, al verificarsi di gravi motivi che richieggano un simile provvedimento.

954. Il curatore è tenuto a promuovere la compilazione dell'inventario della sostanza, se ancora non sia stato da altri richiesto e quindi a far rimuovere i sigilli che fossero stati apposti. Nei trenta giorni successivi alla redazione dell'inventario deve promuovere la vendita dei *mobili.* Per l'esecuzione di essa si osservano le regole esposte nella sezione terza di questo capo (v. n. 931). La ragione per cui è fatto *obbligo* al curatore di vendere i mobili è la opportunità di semplificare la sua amministrazione e di evitare il deperimento di quelli fra codesti beni che vi sono esposti, dovendo rimanere altrimenti custoditi senza farne alcun uso per un periodo di tempo indeterminato (v. art. 898). Il termine di trenta giorni dovrà essere osservato dal curatore per non cadere in responsabilità; basta del resto che egli *promuova la vendita* dentro questo termine. Non è punto necessario che esistano debiti e che occorra il realizzo del patrimonio per soddisfarli; i mobili devono essere in ogni

caso venduti. Avvertasi che la legge parla di *mobili* per contrapposto agli *immobili* di cui è menzione nel seguente numero; per il che non sono compresi tra i primi il danaro metallico od i suoi rappresentativi, i titoli di rendita sul debito pubblico, quelli delle imprese industriali e commerciali, gli oggetti che costituissero una collezione speciale scientifica, artistica o letteraria (v. art. 422 cod. civ.); questi oggetti ed i titoli di rendita o d'imprese industriali e commerciali non *dovranno* essere venduti, ma *potranno* esserlo ove concorrano particolari ragioni, come se vi fossero debiti al pagamento dei quali giovasse provvedere colla loro alienazione, ecc. Le altre cose menzionate nel citato art. 422 sono invece da ritenersi comprese fra quelle che *devono* essere vendute nel termine di legge.

955. Gli immobili si prestano meglio a provvedimenti di conservazione e di amministrazione. Il curatore non deve venderli se non *nel caso di bisogno;* così pure i censi e le rendite solo in questo caso potranno essere alienati od altrimenti realizzati. Il *bisogno* può dipendere non solo dalla necessità di pagar debiti o legati, ma anche da altre contingenze, l'apprezzamento delle quali è lasciato all'autorità giudiziaria che deve permettere l'alienazione. Le forme della vendita sono quelle indicate nel n. 931 per i censi e le rendite e nel n. 933 per gli immobili (v. capov., art. 898). Di fronte alla necessità dell'autorizzazione giudiziale, reputiamo non possa esservi caso che il curatore incorra in responsabilità per aver venduto immobili, censi o rendite, della cui alienazione altri interessati stimassero che non vi fosse bisogno.

956. Il curatore è tenuto a promuovere ed esercitare le ragioni dell'eredità giacente, a rispondere alle istanze contro la medesima proposte; quindi può stare in giudizio come attore o come convenuto senza bisogno di speciali autorizzazioni; appellare, ricorrere per rivocazione o per cassazione e valersi d'ogni altro rimedio giudiziario (vedi art. 982 cod. civile). Egli può anche prestare acquiescenza alle deliberazioni proferite in confronto del defunto o della eredità; il termine per reclamare, interrotto per la morte del *de cujus,* riprenderà corso dalla notificazione della sentenza

che sia fatta personalmente al curatore, ovvero eseguita nella forma eccezionale indicata dall'art. 468 (vol. I, n. 558 e seguenti). La di lui libertà è limitata rispetto alle *transazioni* dalla disposizione dell'art. 899 del codice di procedura, la quale lo sottopone agli obblighi medesimi imposti per questo riguardo all'erede beneficiato, accennati superiormente (n. 939).

Del resto in via generale l'amministrazione del curatore è considerata allo stesso modo di quella dell'erede beneficiato, come risulta dall'art. 983 del codice civile.

Sezione VI. — *Separazione dei patrimoni mobiliari.*

957. Dell'istituto della separazione dei patrimoni, che traduce in applicazione, sotto un importante aspetto, lo assioma giuridico: *nemo liberalis nisi liberatus*, si occupa il codice civile, il quale regola per intiero questa materia rispetto ai beni immobili; e quanto ai beni mobili si limita a dichiarare (art. 2059) che il diritto alla separazione si esercita sopra di essi col farne domanda giudiziale.

Le gravi questioni che intorno a questo istituto sono tuttodì discusse dai civilisti e nei tribunali, non possono essere qui esaminate. Restringendoci a parlare del procedimento per la separazione dei patrimoni mobiliari, ricorderemo anzitutto che essa deve essere chiesta nel termine *perentorio* di tre mesi dal giorno dell'aperta successione (art. 2057 cod. civile). La natura dei beni mobili facilitandone in modo particolare il trafugamento e la manomissione, rendeva malagevole al tempo stesso di trovare un mezzo per virtù del quale i creditori ed i legatari del defunto potessero assicurarsi di essi, in guisa da tenerne ferma la destinazione a garantire i loro diritti prima che ad avvantaggiare in qualsiasi forma l'erede od i creditori di lui. La domanda giudiziale e la emanazione di una sentenza dichiarativa della separazione presentavansi come mezzi indispensabili a legittimare l'azione dei creditori separanti. Ma in quali modi poteva poi l'azione medesima tradursi ad eseguimento pratico? La formalità dell'inventario e la cautela preventiva della apposizione dei sigilli fornirono al legisla-

tore gli elementi principali per risolvere il grave problema. Come abbiamo veduto (nn. 910 e 923), il diritto di promuovere l'una e l'altra di queste misure, congiuntamente od isolatamente, fu in modo esplicito riconosciuto ai creditori.

958. Pertanto, il creditore che voglia ottenere la separazione dei beni mobili del defunto da quelli dell'erede, dopo avere promossa (se le circostanze lo consigliano) la apposizione dei sigilli, spiegherà domanda giudiziale contro l'erede o contro chi rappresenta legalmente l'eredità, perchè sia autorizzata la separazione. La citazione si propone innanzi l'autorità competente per ragione di valore, nel luogo della aperta successione (art. 900). Il valore della causa si desume da quello dei mobili, già accertato, oppure dichiarato dallo attore, o sia in fine legalmente presunto (v. vol. I, nn. 108, 109).

Non giovando la separazione dei patrimoni se non a coloro *che l'hanno domandata* (art. 2063 codice civile), è necessario ammettere che ciascuno dei creditori del defunto o legatari possa promuovere l'istanza nei modi predetti. Ma è altresì da riconoscere che proposta da uno degli interessati, gli altri potranno *intervenirvi* e prestare adesione, per conseguirne così in comune l'effetto, senza moltiplicare le spese. E quantunque possa verificarsi una serie indefinita di istanze separate, crediamo che l'autorità giudiziaria, quando sia possibile, dovrà unirle per la pronunzia di una sola sentenza; essa poi in ogni caso potrà, nell'autorizzare la separazione chiesta dal secondo creditore, dal terzo, ecc., rimetterli a giovarsi degli atti conservativi ordinati nell'interesse del primo separante e quindi a valersi dell'inventario che egli abbia fatto redigere.

959. La sentenza che pronunzia la separazione ordina l'inventario *dei beni mobili* se non sia ancora stato fatto. Se esiste già un inventario *generale* della sostanza, non occorre naturalmente rifarlo in forma speciale per i beni mobili. Eseguito l'inventario, la custodia dei beni si affiderà a persona benevisa, nei sensi dell'art. 873 (v. n. 929). Questa potrebbe anche essere già stata designata nella sentenza che ammette la separazione. I beni inventariati e così custoditi rimangono riservati alle azioni esecutive dei creditori separanti, da esercitarsi nelle forme ordinarie. Se per avven-

tura occorressero speciali provvedimenti di conservazione, si devono richiedere all'autorità competente pel giudizio di separazione (art. 901).

L'erede può far cessare gli effetti della separazione col pagamento di tutti i creditori e legatari che l'hanno richiesta, ovvero col prestare cauzione in favore di quelli il cui diritto non fosse attualmente esigibile, o si trovasse soggetto a contestazione (art. 2064 codice civile).

CAPO V.

Controversie relative alla celebrazione del matrimonio.

960. Il diritto di fare opposizione ad un matrimonio è regolato dal codice civile negli articoli 82 *usque* 92, dove sono eziandio indicate le cause per le quali può l'opposizione essere elevata. Alle forme della medesima ed ai suoi effetti si riferiscono particolarmente le disposizioni degli articoli 88, 89 e 90, completate da quella dell'art. 797 del codice di procedura.

L'opposizione al matrimonio, parta essa da un congiunto o dal pubblico ministero, dà luogo allo svolgimento d'una azione giudiziaria; quindi l'atto di opposizione è nello stesso tempo un atto di citazione. Secondo l'art. 88 del codice civile deve codesto atto esprimere la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di agire, non che le cause della opposizione; deve inoltre contenere l'elezione di domicilio nel comune dove siede il tribunale nel cui territorio si dovrebbe celebrare il matrimonio. Prosegue l'art. 89 collo stabilire che sarà notificato, nella forma delle citazioni, agli sposi ed all'uffiziale dello stato civile adìto per la celebrazione del matrimonio.

Pensano alcuni commentatori che l'atto di opposizione non debba contenere *citazione*, ma consista in una semplice *notificazione*. La citazione, si dice, per far giudicare sulla opposizione, verrà poi spiegata dalla parte più diligente. Non troviamo motivo per accettare *come regola* questo insegnamento. È tuttavia da ammettere che se l'opposizione

non contiene citazione a comparire, produce del pari effetto sospensivo; la citazione potrà venire fatta in seguito sia dallo stesso opponente o sia dagli sposi.

961. La sentenza che pronunzia sovra l'opposizione può essere impugnata coi mezzi conceduti dalla legge processuale. In vista dell'urgenza di una pronta definizione della controversia, il termine per appellare è ridotto a *quindici giorni* dalla notificazione (v. n. 609) ed il termine per comparire innanzi alla corte d'appello non dev'essere minore di *cinque giorni* nè maggiore di *quindici* (art. 797, primo e secondo capoverso). Intorno a questo secondo termine dovremo ripetere qui le considerazioni svolte già nel n. 834, per dimostrare, come riteniamo, che se la misura *minima* deve essere rispettata a pena di nullità, quella *massima* non può ritenersi accompagnata da simile sanzione.

962. L'opposizione regolarmente notificata sospende la celebrazione del matrimonio, *sino a sentenza passata in giudicato* per la quale sia rimossa l'opposizione. Così l'articolo 90 del codice civile, che dà occasione a dispute vivaci sul significato della frase « *sentenza passata in giudicato* ». Vi ha chi pensa che non si verifichi il passaggio in giudicato di una sentenza in questa materia se non quando sia scaduto anche il termine del ricorso per cassazione. Ma per quanto, in tesi astratta, sia da apprezzare il concetto dei sostenitori di questa interpretazione, non crediamo che essa risponda all'intendimento positivo del legislatore. Il quale ha posto il ricorso per cassazione nella categoria dei rimedi straordinari (vol. I, n. 527), laonde non vi è maggiore motivo per ritenere *non passata in giudicato* una sentenza tuttora suscettiva di tale reclamo, di quello che una sentenza suscettiva di istanza per rivocazione o di opposizione di terzo. Inoltre esso ha statuito nell'art. 520 del codice di procedura che il ricorso per cassazione *non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo i casi eccettuati dalla legge;* e dove volle fare eccezione, chiaramente parlò del ricorso per cassazione *come causa sospensiva;* così negli art. 309 e 750 dello stesso codice di procedura (nn. 418, 532 e 859). Infine, regolando l'esecutività delle sentenze rispetto ai terzi nell'art. 561, dichiarò *non esecutorie* soltanto le sentenze soggette ad opposizione od

appello (v. n. 708); e nel caso concreto la sentenza che rimuove l'opposizione deve essere eseguita da un terzo, che è l'uffiziale dello stato civile, il quale, sebbene debba ricevere la notificazione indicata al n. 960, non per questo diventa parte in causa. Per tutto ciò reputiamo che nell'attuale stato della legislazione debba intendersi passata in giudicato la sentenza *proferita in grado d'appello*, pur rendendoci conto degli inconvenienti che possono verificarsi (1).

963. In due casi può sorgere controversia fra le parti che chiedono la celebrazione del matrimonio e l'uffiziale dello stato civile; quando cioè egli creda di non poter procedere alle pubblicazioni e quando si rifiuti alla celebrazione del matrimonio (art. 75 e 98 del codice civile). In entrambi i casi è stabilito che l'uffiziale rilasci certificato alle parti colla indicazione dei motivi del rifiuto, contro del quale si può ricorrere al tribunale civile che provvederà dopo aver sentito il pubblico ministero. L'articolo 738 del codice di procedura dispone che sovra simili ricorsi il tribunale pronunzia in camera di consiglio. L'art. 98 del codice civile fa cenno inoltre del diritto di reclamo alla corte d'appello; per esso si seguirà naturalmente la stessa forma del ricorso e del giudizio in camera di consiglio, previe le conclusioni del pubblico ministero. Di fronte poi alla generale disposizione dell'art. 781 del codice di procedura, non si può nutrir dubbio circa la proponibilità del reclamo alla corte d'appello tanto nel caso di rifiuto alle pubblicazioni come in quello di rifiuto alla celebrazione del matrimonio.

Alle parti che hanno domandato le pubblicazioni o la celebrazione del matrimonio spetta il diritto di reclamare alla corte d'appello, e occorrendo a quella di cassazione. L'uffiziale dello stato civile non può reclamare; oltre che non ha interesse nella controversia (poichè il suo rifiuto

---

(1) L'interpretazione da noi accolta è quella preferita dalla maggioranza degli scrittori. Avvertasi però che una circolare 4 maggio 1871 del ministro di grazia e giustizia agli uffiziali dello stato civile vieta loro di procedere alla celebrazione di un matrimonio rispetto al quale non sia compiuto il termine per il ricorso di cassazione, o finchè è pendente il giudizio innanzi la corte suprema. Sarebbe stato desiderabile e di certo più corretto che un così savio provvedimento fosse impartito per legge e non per disposizione del potere esecutivo.

deve intendersi opposto nell'interesse della legge), egli non è nemmeno *parte* nella trattazione davanti il tribunale, dove non viene chiamato a difendere i motivi del suo rifiuto; quindi non ha qualità per impugnare la decisione proferita. L'interesse pubblico, di cui egli è custode, ha tutela sufficiente nella cura che ne è affidata all'autorità giudiziaria e nell'intervento del pubblico ministero, al quale compete anche, come alle parti, la facoltà del reclamo, in virtù del disposto generale dell'art. 139 della legge sull'ordinamento giudiziario.

CAPO VI.

Rettificazione degli atti dello stato civile.

964. Conviene distinguere fra le *rettificazioni* di cui sia bisognevole un atto dello stato civile e le *annotazioni* che al medesimo possano occorrere dopo che fu redatto. Le *rettificazioni* suppongono la preesistenza di un errore, sia da parte dell'uffiziale che ha ricevuto l'atto, sia da parte di chi fece le dichiarazioni relative alla sua compilazione. Le *annotazioni* suppongono la originaria esattezza e regolarità dell'atto e dipendono dalla emergenza di circostanze nuove che richieggono d'introdurvi aggiunte o schiarimenti. Sono *rettificazioni*, non degli *atti* ma dei *registri* dello stato civile, quelle che hanno per oggetto la inserzione in essi degli atti che per qualsivoglia cagione fossero stati omessi.

Le *annotazioni* possono essere determinate da circostanze che non presentino nessun carattere contenzioso; così, se un genitore riconosce il figlio naturale, la cui nascita era stata registrata senza denunzia della paternità, l'atto di riconoscimento dà luogo ad una annotazione che si eseguisce dietro presentazione dell'atto e proposta fatta dall'uffiziale dello stato civile al procuratore del re e da esso approvata (art. 140 del r. d. 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile). Le *rettificazioni* invece non possono a meno di involgere sempre una controversia, poichè nell'interesse pubblico come in quello dei singoli che possono subirne

conseguenze, giova accertare se l'errore è stato veramente commesso, prima di modificare le risultanze dei registri dello stato civile. Non è da escludere del resto che anche una annotazione possa aver origine dalla decisione di una controversia, oppure implicarne la necessità. Queste osservazioni preliminari fanno comprendere l'oggetto del presente capo ed insieme il senso dell'art. 133 del citato decreto sull'ordinamento dello stato civile che dispone: « Le *rettificazioni* degli atti di stato civile si fanno in forza di *sentenze dei tribunali passate in giudicato*, colle quali si ordina all'uffiziale dello stato civile di rettificare un atto già esistente nei registri o di ricevere un atto omesso. Le *annotazioni* in margine si eseguiscono per disposizioni di legge, di regolamento, *o di sentenza* ». Del resto una volta ordinata la rettificazione con sentenza passata in giudicato, essa pure si eseguisce mediante annotamento marginale la cui formola, proposta dall'uffiziale dello stato civile, dev'essere approvata dal procuratore del re in conformità al citato art. 140 del predetto regio decreto (art. 403 codice civile).

965. Per le domande di rettificazione degli atti e dei registri dello stato civile è sempre competente il tribunale civile da cui dipende l'uffizio di stato civile che ha ricevuto o deve ricevere l'atto (art. 401 codice civile). La domanda per rettificazione si propone con *ricorso* ed il tribunale delibera su di essa *in camera di consiglio*, mediante *sentenza*. Il pubblico ministero, se non è da lui proposta la domanda, deve sempre essere sentito (art. 845 codice di procedura). La ragione di questa forma speciale di procedimento può riconoscersi nel segreto e nel riserbo che esigono molto spesso le discussioni relative alla materia in discorso. Siccome però la rettificazione, se è provvedimento d'ordine pubblico, interessa grandemente anche il diritto individuale dei cittadini cui riguarda, e talvolta anche quello di altri, così la forma eccezionale del rito non esclude una conveniente istruttoria nei casi che ne manifestino il bisogno. Il tribunale pertanto può sentire in camera di consiglio le parti interessate, ordinando all'uopo la loro comparizione, ovvero può sentire il parere del consiglio di famiglia o di tutela, ordinandone la convocazione (capov. del citato art. 845).

È bene non dimenticare che per la disposizione dell'art. 402 del codice civile, la sentenza di rettificazione non può essere opposta a quelli che non concorsero a proporre la domanda, o non furono regolarmente chiamati nel giudizio. Per il che, quantunque l'ordine di comparizione delle parti o di convocazione del consiglio di famiglia sia *facoltativo*, sarà sempre opportuno che il tribunale procuri l'intervento di tutti coloro che possono presumersi interessati nella controversia.

966. Le domande di rettificazione sono proposte o dalle parti interessate o dal pubblico ministero, il quale è autorizzato a farsi attore per questo oggetto, sia per motivo d'interesse pubblico, sia in rappresentanza delle persone povere che ne abbiano presentata richiesta al suo uffizio per mezzo del pretore o dell'uffiziale dello stato civile. Quando la domanda è d'iniziativa del ministero pubblico, le parti devono sempre essere chiamate; la omissione della chiamata non pregiudica i loro diritti (art. 134 e 135 del citato regio decreto 15 novembre 1865).

La sentenza che pronunzia sulla domandata rettificazione è senza dubbio *appellabile* da parte di chi vi abbia interesse, nel termine ordinario stabilito per le sentenze dei tribunali civili. Avrà facoltà di appellare anche l'uffizio del pubblico ministero, quando abbia esso medesimo presentata la domanda, non quando sia stato semplicemente richiesto delle sue conclusioni poichè non è *parte in causa* (cfr. vol. I, n. 543). Nel giudizio d'appello saranno osservate le forme medesime stabilite per quello di prima istanza (art. 781).

967. Il procedimento speciale ora indicato ha semplicemente una ragione d'opportunità. Quindi se una domanda di rettificazione fosse proposta nelle forme contenziose ordinarie e niuno degli interessati ne esigesse il richiamo alla via segnata dall'art. 845, il tribunale non potrebbe d'uffizio elevare eccezioni su questo mutamento di rito. Anzi è opinione accreditata che quando dalla audizione delle parti in camera di consiglio sorga la evidenza di una contestazione che richieda di essere maturamente istruita, il tribunale abbia facoltà di rimettere l'affare alla via contenziosa ordinaria.

Con le domande di rettificazioni non sono poi da confondere le questioni *di stato*, le quali anzitutto rappresentano

una disputa gravissima sui diritti personali di un cittadino e poi, per conseguenza secondaria, conducono all'eventuale rettificazione di un atto di stato civile. Esse vanno proposte nella via contenziosa comune.

E nemmeno sono da confondere con questo speciale procedimento le istanze che fossero proposte per annotazioni di carattere particolare, non espressamente considerate e autorizzate dalle nostre leggi; come sarebbe, per esempio, quella del divorzio, ottenuto da coniugi stranieri, l'atto di matrimonio dei quali sia stato ricevuto da un uffiziale di stato civile italiano. Le annotazioni non potendo essere fatte che dietro ordine legale (art. 359 cod. civ.), che in simiglianti casi non può aversi se non per mezzo di sentenza, conviene che questa sia provocata mediante contraddittorio normale tra gli interessati. Nei casi cui accenniamo, le annotazioni non servono a scopo di *rettifica*, giacchè presuppongono un atto originariamente regolare.

968. In ogni caso le sentenze che ordinano una rettificazione od una annotazione, sono trascritte sui registri dello stato civile ed in margine all'atto si opera l'annotamento di cui fu discorso al n. 964, senza alterarne lo stato esteriore primitivo (art. 846 codice di proc., art. 359 e 403 codice civile).

TITOLO II.

AFFARI DI GIURISDIZIONE VOLONTARIA

CAPO I.

Regole generali.

969. La nozione dell'indole e degli scopi della giurisdizione volontaria fu esposta in precedenza (v. vol. I, nn. 29, 30, e *retro*, num. 871), sicchè non fa mestieri svolgerla qui di nuovo. L'esame analitico dei vari procedimenti speciali in materia contenziosa, fatto nel titolo precedente, pone anche in guardia contro l'equivoco che si creerebbe ascrivendo in genere alla volontaria giurisdizione le materie che si trattano *in camera di consiglio* e porge lume per distinguere in queste, secondo l'indicazione data dall'art. 778, gli affari contenziosi da quelli di giurisdizione volontaria. Parlando però di trattazione *in camera di consiglio* ci occorre di aggiungere un'avvertenza intorno al linguaggio della legge.

Col nome di *camera di consiglio* si intende designare in ispecie le riunioni delle magistrature collegiali in *seduta privata*, per contrapposto alle loro adunanze in *udienza pubblica*. Ma tanto nelle materie contenziose speciali, come abbiamo veduto, quanto in quelle di giurisdizione volontaria, molte attribuzioni competono al pretore, il quale provvede in forma analoga a quella delle deliberazioni in camera di consiglio, cioè a dire, decidendo sulla istanza d'una parte mediante *decreto*. Ma poichè il pretore è giudice singolo, la denominazione di *camera di consiglio* non è applicabile a suo riguardo, nè la legge, quando la usa, intende di accennare anche al pretore ed ai procedimenti che innanzi a lui devono compiersi. Questa avvertenza acquista particolare importanza per quanto appresso diremo intorno al *reclamo* permesso nelle materie di cui ora dobbiamo occuparci.

970. La legge di procedura non enumera tutti gli affari di volontaria giurisdizione. Essa si limita a dare norme generali per il procedimento ad essi comune e regola poi con disposizioni speciali taluni affari che per la loro indole ne abbisognavano. Di questi, altri svolgonsi pienamente nella sede ordinaria; altri, sorgendo ed avendo in questa sede una trattazione iniziale, devono (sempre od in taluni casi) compiere la loro istruttoria ed essere definiti in sede contenziosa. Come già dicemmo (n. 871), noi ascriviamo anche gli ultimi alla giurisdizione volontaria, tenendo conto delle loro caratteristiche originarie e prevalenti. Ma non è inesatto qualificarli come affari di *giurisdizione mista,* se si considerino meramente dal punto di vista processuale.

Queste classificazioni e distinzioni riescono abbastanza difficili per la incertezza di linguaggio della legge altrove rilevata (n. 870). È pertanto naturale che fra i commentatori si incontri poca uniformità di criteri e che le categorie da noi stabilite siano in qualche parte diverse da quelle date da altri scrittori. Tuttavia avendo posto ogni studio per fissare un criterio strettamente razionale e seguirlo con costanza, ci sembra di avere rispecchiato con fedeltà gli intendimenti del legislatore.

971. Per conoscere almeno i principali fra gli atti della giurisdizione volontaria, conviene ricorrere specialmente al codice civile, dove, nelle disposizioni relative all'assenza, alla patria podestà, alla adozione, alla tutela, all'amministrazione dei beni dei minori, degli interdetti e degli inabilitati, al matrimonio, alle limitazioni della capacità d'agire della donna maritata, trovasi specificamente indicato quando occorra l'intervento del magistrato, quali siano le norme di competenza, quali gli scopi e gli effetti delle *autorizzazioni* che si provocano. Imperocchè negli affari di giurisdizione volontaria il magistrato non *ordina,* ma *autorizza,* e quindi le sue pronunzie non hanno che un carattere di obbligatorietà relativa; ossia, chi vuole eseguire l'atto deve conformarsi alle prescrizioni giudiziarie, senza che l'esecuzione per se stessa possa diventare coattiva, o che dalla pronunzia non eseguita i terzi possano trarre diritti.

972. Le regole generali di procedimento sono le seguenti:

Anzitutto per le materie di competenza delle magistrature collegiali, la domanda è proposta mediante *ricorso,* depositato presso la cancelleria, sottoscritto dalla parte e dal procuratore, o anche soltanto da questo, purchè sia munito di legale mandato. Il ricorso, non più tardi del giorno successivo al deposito, è presentato dal cancelliere al presidente, il quale, allorchè il pubblico ministero debba essere udito, ordina che gli sia comunicato insieme ai documenti annessi; e con lo stesso decreto delega un giudice per riferire in camera di consiglio destinando il giorno in cui la relazione dovrà essere fatta (art. 779).

La comunicazione al pubblico ministero è operata dal cancelliere. L'uffizio del pubblico ministero, esaminato l'affare, formola le proprie conclusioni motivate, estendendole in iscritto al seguito del decreto presidenziale. Indi gli atti tornano alla cancelleria che li rimette al giudice delegato (art. 780). Il voto del pubblico ministero ha semplicemente valore consultivo.

Nel giorno stabilito, il giudice delegato espone verbalmente in camera di consiglio l'oggetto della domanda; la deliberazione del collegio è presa mediante votazione come si fa per le sentenze (cfr. vol. I, n. 434 e segg.). Dispone l'articolo 781 che l'autorità giudiziaria, sulla relazione del giudice delegato, dà *i provvedimenti di ragione.* Ciò significa che nelle materie di cui parliamo non è vincolata la magistratura dall'inflessibile rigore delle regole del diritto, ma deve seguire i criteri di convenienza e di utilità amministrativa indicati dalle circostanze. Ha poi parlato il legislatore di *provvedimenti,* senza qualificarne la specie, poichè se in generale sopra i ricorsi si delibera mediante *decreti,* vi sono però casi in cui la legge prescrive di pronunziare *sentenze* (1). E ciò tanto negli affari di volontaria giurisdizione quanto (e lo abbiamo veduto) in quelli contenziosi esaminati nel titolo precedente, ai quali pure l'articolo citato

---

(1) Nei casi in cui la camera di consiglio pronunzia *decreti,* questi sono firmati soltanto dal presidente e dal cancelliere (art. 303 del regolamento generale giudiziario).

si riferisce. Le *sentenze* per affari di giurisdizione volontaria sono richieste soltanto allorchè si verificano i casi di giurisdizione *mista* a cui fu già accennato (n. 970). Per cui esse rappresentano sempre la presenza di elementi contenziosi nell'affare deciso, come meglio si vedrà nei capi seguenti.

973. I provvedimenti dati in camera di consiglio dal tribunale possono essere impugnati davanti la corte d'appello con analogo procedimento, salvo le disposizioni speciali della legge. Ciò è stabilito nel capoverso dell'art. 781, dove per verità sta scritto genericamente che contro i provvedimenti dell'autorità competente *si può proporre reclamo all'autorità superiore*. Il che potrebbe far supporre che quando un affare è direttamente sottoposto alla corte d'appello (per esempio, in materia di adozione) il *reclamo* appartenga alla cognizione della corte di cassazione. Ma non si tratta che di una inesattezza di linguaggio, poichè innanzi la corte di cassazione non è mai ammesso lo speciale rimedio del *reclamo*, ma soltanto il *ricorso* contro le *sentenze* proferite *in grado di appello* (v. n. 622). Laonde, sia negli affari di giurisdizione volontaria, sia nei procedimenti contenziosi speciali che si trattano in camera di consiglio, potrà parlarsi di ricorso per cassazione solo quando la deliberazione debba essere data mediante *sentenza* ed abbia avuto luogo nell'affare una discussione ed una decisione *in grado d'appello*. Ed allora la sentenza potrà essere impugnata col ricorso alla corte suprema, pei motivi e nelle forme che si esposero nel capo IV, titolo XI del secondo libro.

974. Quando la cognizione dell'affare di giurisdizione volontaria appartiene al pretore ed occorre non il suo *intervento* (come a presiedere i consigli di famiglia o di tutela) ma una sua *autorizzazione*, questa è provocata mediante *ricorso* e viene data *per decreto*, il quale può essere impugnato con *reclamo* al presidente del tribunale civile. L'articolo 782 nel dettare questa regola la limita tassativamente agli affari di *giurisdizione volontaria;* ed è perciò che nel precedente titolo abbiamo replicatamente escluso che i decreti del pretore nei procedimenti speciali d'indole contenziosa possano formare oggetto di reclamo innanzi al presidente del tribunale (vedi nn. 895, 921, 931). Invece

l'art. 781, come abbiamo testè ricordato, disciplina genericamente i provvedimenti dei tribunali in camera di consiglio; i quali perciò, se anche non appartenenti alla giurisdizione volontaria, sono suscettivi di *reclamo* (v. n. 933). Sono troppo vicine fra loro le disposizioni degli articoli 781 e 782 per ammettere che il legislatore restringendo la disposizione del secondo alle materie di ***giurisdizione volontaria***, non abbia avvertito il valore e l'effetto rispettivo del diverso linguaggio che volle tenere. Potrà essere censurato il testo dell'art. 782, perchè toglie in taluni casi, senza ragione plausibile, un mezzo pronto ed economico per la riparazione di pronunzie nelle quali forse l'ingiustizia non è minore del danno recato alle parti od ai terzi; ma ciò non giustifica interpretazioni arbitrarie.

975. In taluni casi il presidente del tribunale esercita speciali funzioni di giurisdizione volontaria. Sono fra le più importanti quelle attribuitegli dagli articoli 221 e 222 del codice civile relative all'esercizio della patria podestà. Il procedimento innanzi a codesto magistrato è analogo a quello indicato per gli affari di competenza del pretore. L'art. 223 del citato codice civile espressamente ammette il reclamo al presidente della corte d'appello contro i decreti emessi dal presidente del tribunale nei casi preaccennati. Ma questa è disposizione speciale che non può andare estesa ad altri casi; nei quali, in difetto di particolari dichiarazioni della legge, è da ritenere che contro un decreto del presidente del tribunale non vi sia altro rimedio che il ricorso alla via contenziosa ordinaria, instaurando un giudizio di primo grado in confronto di chi abbia interesse contrario a quello della persona che si tiene gravata dal decreto.

976. Non è inopportuno rammentare qui una caratteristica importante dei provvedimenti dati in sede di giurisdizione volontaria, che si accennò pure altrove (n. 622). Non potendo essi acquistare autorità di *res judicata,* la parte ricorrente che non ottenne la prima volta l'intento delle sue istanze può sempre riproporle allo stesso magistrato che le respinse, corredandole di migliori dimostrazioni in linea di fatto e di più valide argomentazioni per convincere i giudici della loro opportunità. E ciò senza valersi del *reclamo* alla

autorità superiore. Il che va inteso però rispetto agli atti che rimangono nei limiti rigorosi della giurisdizione volontaria, non a quelli che trapassano alla contenziosa nel corso della loro trattazione.

CAPO II.

Disposizioni relative agli assenti.

977. L'assente si trova in una impossibilità *materiale* di provvedere alla tutela dei propri interessi ed alla difesa dei propri diritti, la quale, nei suoi risultati, è molto affine a quella d'indole *giuridica* in cui si trovano gli incapaci. E perciò a supplirvi conviene appunto l'esercizio della giurisdizione volontaria.

Il codice civile, nelle disposizioni relative allo stato dell'assente, distingue tre fasi diverse: quella della *presunzione d'assenza;* quella della *dichiarazione d'assenza* che ha per effetto l'*immissione* dei presunti eredi *nel possesso temporaneo* dei beni dell'assente; da ultimo la *immissione nel possesso definitivo.*

In ciascheduna di codeste fasi è richiesto l'intervento dell'autorità giudiziaria, perchè siano garantite la custodia e l'amministrazione del patrimonio dell'assente. Nella prima il magistrato deve provvedere, sull'istanza degli interessati o del pubblico ministero, alla nomina di un curatore che rappresenti l'assente in giudizio, nella formazione degli inventari e dei conti, nelle liquidazioni o divisioni che lo riguardino, e a dare le altre disposizioni necessarie, fra le quali può essere compreso l'ordine di apposizione dei sigilli (v. n. 920). Codeste attribuzioni spettano al tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente (art. 21 codice civile). E le istanze relative sono proposte e decise in sede di giurisdizione volontaria, cioè mediante ricorsi e decreti (art. 793 codice di procedura).

978. Nella seconda fase il tribunale anzitutto assume le informazioni convenienti per accertare l'assenza e la sua durata; il provvedimento con cui ordina di assumerle deve

essere pubblicato due volte mediante affissioni ed inserzioni (art. 23 cod. civ.); trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione l'assenza è dichiarata mediante sentenza che deve pur essere pubblicata due volte nei modi suddetti (articoli 24, 25 del codice civile). Passati che siano ancora sei mesi dalla seconda pubblicazione, viene provveduto alla immissione nel possesso temporaneo dei beni. Per tutti codesti atti la procedura, quando le domande sono fatte dagli *eredi legittimi*, si svolge pure in sede di giurisdizione volontaria, perchè sono i naturali rappresentanti dell'assente che promuovono le disposizioni necessarie a integrare quella specie d'incapacità in cui egli si trova, in modo analogo a quel che potrebbe fare un padre pel figlio minore od un tutore per il suo pupillo (art. 794 cod. di proc.). È quindi escluso di regola il preventivo contraddittorio di altri interessati; ma il tribunale dovrà assicurarsi che siano veramente partecipi all'istanza coloro cui appartiene la qualità di eredi legittimi, niuno eccettuato; senza di che sarà la medesima respinta o ne sarà ordinata la riproduzione nei modi più regolari.

979. Quando le domande per dichiarazione d'assenza o per immissione nel possesso temporaneo dei beni sono proposte da eredi testamentari, o per i rispettivi diritti da legatari, donatari od altri interessati, esse rientrano nel dominio della giurisdizione contenziosa, vale a dire devono essere proposte in contraddittorio degli eredi legittimi. I quali, rivestiti appunto della naturale rappresentanza, *jure sanguinis*, dell'assente, devono essere ammessi a difendere e sostenere le ragioni di costui contro simili pretese le quali traggono origine dalla supposizione che egli abbia cessato dall'aver diritti, od in altri termini dalla presunzione della di lui morte. Indi la ragione per cui negli art. 22 e 26 del cod. civ. è prescritto che le mentovate persone spieghino le istanze loro in contraddittorio degli eredi legittimi.

980. Una delle condizioni per ottenere l'immissione nel possesso temporaneo è che sia prestata idonea cauzione (articolo 26 codice civile, penultimo capov.). Per proporla, dichiara l'articolo 795 che seguonsi le norme dettate nella sezione VI del capo I, titolo IV del primo libro del codice.

Ma poichè quelle norme non riguardano la forma in cui l'idoneità della cauzione deve essere riconosciuta dal magistrato, così diremo a migliore chiarimento che se il rito è di giurisdizione volontaria, anche per la proposta della cauzione sarà osservato analogo rito. Vale a dire, la proposta sarà fatta o nello stesso ricorso con cui si chiede la immissione nel possesso temporaneo o con altro successivo; e sarà pronunziato sulla idoneità sua col provvedimento che ordina l'immissione o con posteriore decreto a seconda dei casi. Se invece ebbe luogo giudizio vero e proprio e la cauzione deve essere prestata in esecuzione di sentenza, saranno integralmente seguite le forme ordinarie.

Se la cauzione è data con ipoteca, questa viene iscritta per cura del cancelliere, il quale deve trasmettere le note relative al conservatore delle ipoteche nel termine di giorni cinque dall'atto di obbligazione, sotto pena di una multa che può essere estesa a lire cinquecento, oltre il risarcimento dei danni (capov. cit., art. 795).

981. Il codice civile (art. 29, 30, 31) ordina la confezione dell'inventario dei beni dell'assente, quando si è ottenuto il possesso temporaneo, vieta la loro alienazione senza autorizzazione giudiziale, determina le porzioni delle rendite che devono essere riservate durante il periodo legale del possesso medesimo. Relativamente alle quali discipline l'articolo 796 del codice di procedura aggiunge: 1° che per l'inventario e la vendita dei beni mobili si osservano le norme stabilite per l'eredità accettata con benefizio d'inventario; 2° che per l'impiego del prezzo ricavato dalle vendite e delle rendite, devono gli obbligati uniformarsi ai termini ed alle cautele che stabilisce il tribunale.

982. Per la immissione nel possesso definitivo occorre di nuovo un provvedimento del tribunale (art. 36 codice civile). Questo è da ritenere appartenente in ogni caso alla giurisdizione volontaria, quantunque il codice di procedura nulla disponga; sia perchè le controversie che sono state decise (quando ne fu il caso) nella fase della dichiarazione d'assenza e della immissione nel possesso temporaneo non hanno più motivo di rinnovazione, sia perchè l'esercizio dei diritti dei figli o discendenti dell'assente in confronto

degli immessi nel possesso temporaneo dei di lui beni è separatamente contemplato dallo stesso codice civile nella disposizione dell'art. 40.

CAPO III.

Disposizioni relative ai minori.

SEZIONE I. — *Consigli di famiglia e di tutela.*

983. Al modo in cui si costituiscono i consigli di famiglia o di tutela provvede il codice civile (art. 249 e segg.). Di tutti gli atti del consiglio di famiglia o di tutela, a partire dalla sua costituzione (art. 256 codice predetto), deve essere redatto processo verbale dal cancelliere del pretore o conciliatore che lo presiede. Il processo verbale deve contenere: 1° la data e l'indicazione del luogo dell'adunanza; 2° i nomi e i cognomi di ciascuno degli intervenuti e degli assenti; 3° l'oggetto ed il tenore delle deliberazioni; 4° le altre indicazioni, a seconda delle circostanze, prescritte dalla legge; tra le quali ricordiamo come una delle più importanti, quella dell'art. 260 del codice civile, e cioè l'obbligo di indicare l'opinione di ciascun membro del consiglio quando le deliberazioni non siano prese ad unanimità. Il processo verbale è sottoscritto dai consulenti intervenuti, dal pretore o conciliatore (art. 812) e dal cancelliere.

Per la legge del 1892 sui conciliatori (art. 14) nei comuni che non sono sedi di preture il pretore può delegare al conciliatore la convocazione dei consigli di famiglia e di tutela. La legge parla di *convocazione*, e noi crediamo che debba essere interpretata con una ragionevole ampiezza. Non potremmo escludere quindi la competenza dei conciliatori a *costituire* consigli di famiglia, cioè a convocarli d'uffizio *per la prima volta;* tanto più che il pensiero della legge è in tal senso spiegato dall'art. 17 del regolamento 26 dicembre 1892, che per l'appunto ammette la delegazione « in via generale » comprendendovi anche « le convocazioni da farsi d'uffizio » (1).

---

(1) Giudicò non permessa al conciliatore la *prima* convocazione, la corte di cassaz. di Roma, con sentenza 21 giugno 1893, *Giur. it.*, 1893, I, 1, 1048.

984. Non essendo necessaria per la legalità delle riunioni del consiglio di famiglia la presenza del tutore, il quale ha però l'attribuzione di eseguire quanto in esse viene deliberato, la deliberazione è a lui fatta notificare, nel caso di sua assenza, per atto di usciere, a cura del cancelliere. Basta all'uopo che nell'atto di notificazione sia riassunto il tenore della deliberazione, senza bisogno di comunicarne copia letterale (art. 813).

In parecchi casi le deliberazioni del consiglio di famiglia per divenire esecutorie hanno d'uopo dell'omologazione del tribunale (art. 301 cod. civ.). L'obbligo di chiedere l'omologazione spetta al tutore od in sua mancanza al protutore; il termine per presentare al tribunale il ricorso relativo è di giorni quindici dalla data della deliberazione, salvo che nella medesima sia stato prefinito un termine diverso. Se chi ne aveva l'obbligo non propone la domanda nel termine dovuto, qualunque dei consulenti può supplirvi (1) e le spese del ricorso e del decreto di omologazione stanno a carico dell'obbligato negligente, il quale in questo caso le sopporta in proprio, quasi a titolo di pena (art. 814).

985. L'art. 260 del codice civile, nel capoverso, riconosce facoltà al tutore, al protutore ed ai membri del consiglio di famiglia intervenuti all'adunanza, di impugnare, in contraddittorio dei membri della maggioranza, le deliberazioni che non furono votate ad unanimità. Naturalmente l'impugnazione da parte del tutore o del protutore non può concepirsi (al par di quella dei consulenti) se non quando essi abbiano votato *colla minoranza.* Ora l'articolo 815 del codice di procedura dichiara genericamente che *i membri della minoranza* del consiglio di famiglia possono impugnare

---

(1) Il ministro di grazia e giustizia, con istruzioni del 17 aprile 1897, sollecitò i procuratori del re a promuovere direttamente dai tribunali, nell'interesse degli incapaci, le omologazioni delle quali la esperienza dimostra verificarsi troppo spesso deplorevoli dimenticanze per parte delle persone che avrebbero il dovere di sollecitarle. Fu disputato se possa riconoscersi legittimo (per quanto sia certamente opportuno) l'intervento del pubblico ministero; prevalse finora l'affermativa, e per la interpretazione che fu data all'art. 139 della legge sull'ordinamento giudiziario, e per una certa analogia col caso della opposizione, di cui nell'art. 815 del codice.

davanti il tribunale le deliberazioni *non soggette ad omologazione*. È questa forse una restrizione al significato più ampio del capoverso del citato art. 260, vogliamo dire un divieto d'impugnare in contraddittorio le deliberazioni che il tribunale deve esaminare in sede onoraria? Noi lo pensiamo; invero, il primo alinea dell'art. 260 prescrive che nel caso di dissenso siano espressi tutti i voti individuali dei membri del consiglio (v. n. 983). Per tal guisa il tribunale, in sede di omologazione, è posto in grado di apprezzarli e di trarne motivi per non accogliere la domanda. Arroge che il tutore deve domandare l'omologazione in ogni caso, anche quando egli abbia dissentito dalla maggioranza; il che non gli vieta di spiegare nel ricorso e sottoporre al tribunale per disteso le ragioni sue. Lo scopo essendo quello di provvedere efficacemente alla tutela dei minori, si può ritenere che la legge stimi bastevole la cognizione da parte del tribunale dei motivi di dissidio, anche nella sede di omologazione, per escludere l'opportunità di una controversia posteriore o separata. Ed in verità alla tutela cooperano normalmente il tutore ed il consiglio di famiglia o di tutela; nei casi di maggiore importanza coopera inoltre colla omologazione il tribunale. I provvedimenti suoi non possono evidentemente riportarsi ad altro criterio che alla indagine circa il migliore interesse dell'incapace; il suggello dato alla volontà prevalsa nel consiglio di famiglia o di tutela col decreto di omologazione, basta per rendere garantito codesto interesse senza che sia lasciato il campo aperto a nuove controversie che potrebbero talvolta rappresentare semplici sfoghi personali.

986. Nel caso di impugnazione si entra in piena giurisdizione contenziosa. Il citato articolo 815 assegna il termine perentorio di *quindici giorni* dalla data della deliberazione, per promuovere la controversia mediante citazione. La citazione è notificata a tutti i membri della maggioranza (non però al pretore); questi possono incaricare uno di loro di sostenere il giudizio.

Anche il pretore, come presidente del consiglio, deve essere in grado d'impugnare le deliberazioni non soggette ad omologazione dalle quali abbia dissentito. Ma poichè

non converrebbe alla sua qualità di scendere personalmente in giudizio, il citato articolo 815 lo abilita ad informare il procuratore del re dei motivi di impugnazione, affinchè questo funzionario possa, se li trova plausibili, promuovere l'azione. Ma l'impugnazione da parte del pubblico ministero non è soggetta al termine preaccennato; basta che sia proposta prima della esecuzione della deliberazione. Il pubblico ministero può altresì agire d'uffizio, vale a dire che siavi stata iniziativa da parte del pretore.

L'appello dalle sentenze proferite nelle controversie ora menzionate è soggetto quanto ai termini alle regole esposte nel numero 961.

SEZIONE II. — *Vendita dei beni dei minori.*

987. Le norme che ora dobbiamo esporre riguardano le vendite volontarie dei beni di minori soggetti *a tutela*. Esse non concernono i minori sui quali uno dei genitori esercita la patria podestà; e non si estendono alle vendite per espropriazione forzata, nelle quali anche contro i minori si applicano le regole generali studiate nel terzo libro. Siccome poi, per il disposto dell'articolo 329 del codice civile, le norme relative alla tutela dei minori sono comuni a quella degli interdetti, così anche ai medesimi dovranno riferirsi le cose dette nella presente sezione.

Sono divise, secondo il sistema generale della legge, e fra loro alquanto diverse, le regole per la vendita dei beni mobili e quelle per la vendita degli immobili. E noi pure ce ne occuperemo distintamente.

988. La vendita dei beni mobili dei minori contemplata dalla legge è quella prevista nell'art. 290 del codice civile, cioè a dire, quella che il tutore deve fare entro due mesi dalla compilazione dell'inventario con cui si apre lo esercizio della tutela. Trattandosi di alienare una universalità di beni, era opportuno che l'interesse del minore fosse guarentito dall'osservanza di acconce regole processuali; lo spirito che le informa è sostanzialmente quello stesso che ha suggerite le norme relative alla vendita forzata nei giudizi di espropriazione. Il procedimento medesimo sarà applicabile

per altro anche a tutti i casi in cui, nel corso della tutela, possa occorrere l'alienazione di beni mobili, comunque pervenuti all'incapace. Ma la legge non ha vietato di effettuare le vendite in forma privata, quando le circostanze dimostrino essere meglio assicurato il tornaconto del minore e il consiglio di famiglia deliberi di prescindere dalle forme ordinarie (art. 290 capov. cod. civ.).

989. La vendita dei beni mobili a richiesta del tutore è eseguita per ministero del cancelliere della pretura o di un notaio (art. 816). L'uffiziale incaricato redige un bando per annunziarla al pubblico. In esso sono indicati il luogo, il giorno e l'ora della vendita, il nome dell'uffiziale che vi deve procedere, quelli del tutore e del minore, e la qualità e natura dei mobili da vendersi, senza descrizioni specifiche (art. 818). Il bando viene pubblicato mediante affissione alla porta della casa comunale di ciascuno dei luoghi dove si trovano i mobili, del luogo di domicilio del minore e del capoluogo del mandamento in cui si effettua la vendita, nel luogo del mercato del comune dove si terrà l'incanto od in quello del comune più vicino in cui siavi mercato. Se il valore di stima complessivo eccede lire tremila, il bando è pubblicato ancora mediante affissione alla porta della sede del tribunale civile e mediante inserzione per estratto nel foglio degli annunzi giudiziari (art. 817).

Per la vendita delle navi seguonsi le regole stabilite dal codice di commercio per la loro espropriazione (art. 824). Per quella delle rendite sul debito pubblico, delle obbligazioni dello stato e delle azioni industriali, le speciali disposizioni che indicammo al n. 747 (art. citato).

990. Nel giorno destinato gli oggetti sono posti in vendita al pubblico incanto sulla base dei prezzi di stima risultanti dall'inventario, o quando manchino questi, della valutazione eseguita appositamente da un perito eletto dall'uffiziale procedente, che ne riceve il giuramento, facendone risultare da analogo processo verbale (art. 819).

Se non si ottengono offerte sul prezzo di stima (cioè uguali o superiori ad esso) l'uffiziale, col consenso del tutore, può porre di nuovo all'incanto gli oggetti invenduti, sulla base di un prezzo minore determinato secondo le circo-

stanze consigliano (art. 820). Non effettuandosi la vendita nel giorno destinato, deve essere pubblicato un nuovo bando; se però incominciata in quel giorno non la si può compiere, il differimento è annunziato agli accorrenti, senza altre formalità. I compratori devono pagare immediatamente il prezzo, altrimenti gli oggetti sono tosto rivenduti a loro rischio e pericolo. Per gli oggetti d'oro e d'argento si applicano le regole accennate ai nn. 744, 745. La responsabilità dell'uffiziale procedente è quella indicata nel n. 744 (art. 821). Della vendita si fa processo verbale, che deve contenere specifica attestazione dell'adempimento di tutte le formalità prescritte (art. 822).

991. Per la vendita delle rendite sul debito pubblico, delle obbligazioni dello stato, delle azioni industriali, dei censi, delle rendite perpetue o temporarie e dei crediti in genere del minore, occorre una formale deliberazione del consiglio di famiglia, in cui sia riconosciuta la *necessità* dell'alienazione, sia delegato l'uffiziale che dovrà procedervi e sia determinato il prezzo sul quale dovrà aprirsi l'incanto.

La pubblicazione del bando nei modi indicati al n. 989 è da farsi otto giorni almeno prima dell'incanto; nello stesso termine se ne effettua anche la notificazione al debitore del censo, della rendita o del capitale. Se all'incanto non ottengansi offerte sul prezzo stabilito dal consiglio di famiglia, è permesso di ritentarlo a prezzo inferiore solo dopo un'espressa nuova deliberazione del consiglio stesso e correlativa ripubblicazione del bando (art. 823).

992. Rammentiamo la disposizione dell'art. 299 del codice civile, riguardante gli stabilimenti di commercio o d'industria che si trovano nel patrimonio di un minore sottoposto a tutela. Il consiglio di famiglia può deliberare la continuazione del loro esercizio quando ne sia *evidente l'utilità* per il minore; è necessario però che il tribunale omologhi la deliberazione. Quando non sia il caso di continuarli, la vendita e la liquidazione sono fatte dal tutore nei modi e colle cautele dallo stesso consiglio determinate. Sarebbe stato troppo pericoloso prescrivere formalità uguali per tutti i casi, e talvolta imprudente esporre al pubblico incanto codesti enti.

993. Rispetto ai beni immobili di un minore soggetto a tutela, la vendita non può esserne fatta che per deliberazione del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale (art. 301 codice civile). I casi in cui è consentito effettuarla sono quelli di *necessità* o di *utilità evidente* menzionati nello art. 224, primo capoverso, del predetto codice. Ripetiamo anche qui che la forma del pubblico incanto stabilita e regolata dal codice di procedura non è indeclinabile, ma deve essere osservata quando non risulti più vantaggioso l'adottarne una diversa. Allorchè si debba far luogo all'incanto, il tribunale, nel decreto con cui omologa la deliberazione di vendere emessa dal consiglio di famiglia o di tutela, stabilisce le condizioni della vendita (le quali già dovranno essere state proposte dal consiglio o dal tutore) e nomina d'uffizio un perito per la stima dei beni. Col medesimo decreto determina se la vendita debba aver luogo davanti un giudice delegato, o davanti notaio nominato all'uopo, od infine davanti il cancelliere della pretura nel cui mandamento sono posti i beni. Il prezzo risultante dalla stima serve di base all'apertura dell'incanto (art. 825). Il perito presenta la sua relazione scritta al giudice od uffiziale delegato e la conferma con giuramento (art. 826).

994. La vendita è annunziata al pubblico mediante un bando contenente le enunciazioni necessarie, e cioè: l'indicazione del decreto d'autorizzazione, la descrizione dei beni da vendersi, la indicazione del prezzo di stima e delle condizioni di vendita, i nomi del giudice od uffiziale delegato, del minore e del tutore, il luogo, il giorno e l'ora dell'incanto (art. 828). Esso viene stampato e pubblicato mediante affissioni: alla porta esterna della sede del tribunale che autorizzò la vendita ed a quella della casa comunale dello stesso luogo; a quelle della sede del tribunale e della pretura nella cui giurisdizione i singoli beni sono situati; a quella della casa comunale del luogo dove ha domicilio il minore; a quella dell'uffizio del notaio che sia stato delegato; nel luogo di mercato del comune ove deve farsi l'incanto o del comune più vicino che abbia mercato; alle porte delle fabbriche da vendere. Inoltre dev'essere inserito due volte per estratto nel foglio degli annunzi legali. Perchè le pub-

blicazioni ed inserzioni ottengano utile effetto è stabilito che non possano essere incominciate se non trenta giorni prima di quello destinato per l'incanto e debbano essere compiute almeno dieci giorni avanti il medesimo (art. 827).

995. L'incanto è aperto colla lettura del bando e la gara si fa nelle forme indicate per i procedimenti di spropriazione forzata (n. 789). Gli offerenti devono effettuare in via preventiva i depositi dalla legge prescritti (v. n. 788) e la facoltà di dispensa dal deposito del decimo spetta al giudice od uffiziale delegato. Dell'incanto si redige processo verbale o dall'uffiziale incaricato o dal cancelliere che assiste il giudice delegato. La vendita è fatta con lo stesso processo verbale a favore di chi ha offerto maggior prezzo, e questo atto vale come titolo traslativo di proprietà. Però dopo la delibera può essere effettuato l'aumento del sesto, al quale uopo si osservano le norme degli art. 679 e 680 (v. n. 791), coll'avvertenza che l'aumento si propone mediante verbale ricevuto dal notaio o cancelliere incaricato, o nella cancelleria del tribunale quando sia stato delegato un giudice. Il compratore soggiace alla rivendita cogli effetti legali di questa (v. nn. 828 e 829), qualora nei venti giorni successivi alla scadenza dei termini fissati nelle condizioni di vendita non giustifichi di avere adempiuti i suoi obblighi. La domanda di rivendita è proposta dal tutore, mediante citazione del compratore innanzi al tribunale che autorizzò la vendita. La sentenza che ordina la rivendita determina il prezzo sul quale dovrà essere fatta e le altre modalità relative (art. 829, 831, 832, 833). Le spese della vendita e cioè quelle dei bandi, del processo verbale d'incanto, l'onorario del notaio, le tasse di registro e di trascrizione sono a carico del compratore se non sia stato disposto diversamente nel decreto del tribunale (art. 830).

996. Se all'incanto l'uffiziale o giudice delegato non riceve offerte superiori al prezzo di stima, non può aggiudicare gli immobili. Ma ne fa menzione nel processo verbale e trasmette questo al tribunale che autorizzò la vendita. Il tribunale può ordinare (sentito prima, se creda, il consiglio di famiglia o di tutela) che l'incanto sia riaperto su di un prezzo minore, da esso prudenzialmente determinato ed

assegna il termine pel nuovo esperimento, che non potrà essere minore di giorni venti. In tale caso il processo verbale, col decreto ora indicato, è rimesso un'altra volta al giudice od uffiziale delegato affinchè provveda alla pubblicazione di un secondo bando, la cui inserzione nel foglio degli annunzi legali può essere unica (art. 829). Del resto il tribunale può in simile occasione modificare le condizioni della vendita come gli sembri opportuno; e può altresì prescrivere quelle cautele che giudichi migliori: e così, ad esempio, ordinare un maggior numero di pubblicazioni o di inserzioni anche in giornali dapprima non designati, ecc.

997. Queste regole si riferiscono alla vendita dei beni di esclusiva proprietà di minori non emancipati. Modalità speciali si osservano se si tratta di vendere immobili di minori emancipati o posseduti in comunione fra minorenni e maggiori d'età. La domanda di omologazione del voto del consiglio di famiglia che autorizzò la vendita dei beni del minore emancipato è proposta al tribunale con ricorso firmato dal minore stesso, assistito dal curatore, ed a questo modo si compiono pure gli atti successivi; il bando indica i nomi dell'emancipato e del curatore (art. 834). Quando si abbiano a vendere beni comuni fra minori e maggiori se la vendita è richiesta da questi ultimi si applicano le regole indicate nel titolo precedente al n. 943 rispetto alla formazione del bando ed alla sua notificazione (art. 835). Del resto la vendita procede nei modi preindicati. Se la domanda è promossa dalla rappresentanza dei comproprietari minorenni si seguiranno pure analoghe norme, quantunque in entrambe le ipotesi qui menzionate è presumibile che la vendita sia da farsi in occasione di giudizio divisionale, a meno che invece sia concordemente richiesta per necessità od utilità comune da tutti gli interessati, in sede di giurisdizione volontaria.

998. La legge non dice come si provvede rispetto al pagamento delle passività ipotecarie iscritte sugli immobili venduti, nè in genere accenna alla destinazione del prezzo. Ma è naturale che ciò deve formare argomento in ogni singolo caso di provvedimenti adatti alle circostanze ed alle cause determinanti l'alienazione e darà materia ad opportune

condizioni speciali della vendita. In via di norma si può dire che il compratore, salvo appunto il caso che le condizioni nella vendita lo escludano, potrà procedere al giudizio di purgazione come qualunque terzo possessore, per liberare gli immobili acquistati dai pesi ipotecari e per ottenere dall'autorità giudiziaria una valida disposizione intorno al modo di erogare il prezzo da lui dovuto.

CAPO IV.

Disposizioni relative ai coniugi.

Sezione I. — *Autorizzazione alla donna maritata.*

999. Lo stato matrimoniale è causa per la donna di una limitazione alla sua libertà giuridica, secondo la disposizione dell'articolo 134 del codice civile che sottopone alla autorizzazione del marito gli atti ch'essa voglia compiere per donare, alienare beni immobili, vincolarli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, transigere o stare in giudizio relativamente ad alcuno dei menzionati oggetti. Dal bisogno di codesta autorizzazione la donna è esonerata per espressa disposizione della legge quando il marito sia assente, minore, interdetto (1),

(1) Benchè il codice consideri soltanto il caso della interdizione del marito, prevale l'opinione che ad esso si debba equiparare l'altro della inabilitazione. In tal senso: cassaz. di Roma, 22 aprile e 30 novembre 1897, *Giur. it.*, 1897, I, 1, 284 e 1898, I, 1, 21. Si pronunziò in senso contrario la cass. di Torino, con sentenza 15 maggio 1897, *ivi*, 1897, I, 1, 632, nel senso che debba l'autorizzazione essere impartita dal marito inabilitato con l'assistenza del proprio curatore. Questa assistenza del curatore non sembra giustificata. Se l'istituto dell'autorizzazione maritale è considerato solamente come atto di ossequio all'autorità morale del capo della famiglia, non come atto di integrazione della capacità della moglie, pare logico ammettere che il marito inabilitato conservi il diritto a esercitare personalmente e da solo la funzione attribuitagli, essendo poi garantita la moglie contro il pericolo di capriccioso rifiuto dalla facoltà di ricorrere al tribunale. Nè si dica che l'inabilitazione del marito dà a temere piuttosto le imprudenti e mal consigliate autorizzazioni che gli infondati rifiuti, giacchè questo argomento presuppone il difetto di capacità della moglie, e fa risalire più direttamente al marito che alla moglie la deliberazione di compiere l'atto. Il che non appare conforme al concetto della legge.

o nel periodo dell'espiazione della pena a cui egli sia stato condannato, qualora essa superi un anno di carcere; lo è del pari quando esercita la mercatura o quando sia pronunziata fra i coniugi legale separazione per colpa del marito (art. 135 codice predetto). In altri casi, sempre per gli atti che contempla l'art. 134, all'autorizzazione del marito si sostituisce quella del tribunale civile; e ciò quando il marito abbia ricusata la propria, o trattisi di atto nel quale il suo interesse sia opposto a quello della moglie, o siavi fra i coniugi legale separazione per colpa della moglie, o per colpa d'entrambi, o per mutuo consenso (art. 136 cod. citato). Il tribunale è surrogato in siffatte contingenze nell'esercizio della podestà maritale e quindi deve esaminare se convenga o no impartire l'autorizzazione. In sostanza è sempre un dissidio attuale o potenziale fra i coniugi che il magistrato interviene a risolvere; ciò giustifica la disposizione del capoverso del mentovato articolo 136, che impone doversi sempre sentire o citare a comparire in camera di consiglio il marito, prima di concedere l'autorizzazione, salvo i casi di urgenza. Sebbene si tratti di dirimere un conflitto, la procedura si svolge in sede di giurisdizione volontaria per rendere minore il turbamento delle relazioni famigliari e più facile una definizione amichevole.

1000. La domanda per autorizzazione giudiziale è proposta dalla donna con ricorso al tribunale; sovra di esso il presidente decreta il giorno in cui il marito dovrà comparire. Egli viene poi citato mediante la notificazione della copia del ricorso e del decreto (art. 799, 800).

Sebbene l'art. 800 disponga che il presidente decreta il giorno *in cui il marito dovrà comparire personalmente per esporre i motivi del rifiuto*, onde parrebbe che solo nel caso di rifiuto dovesse aver luogo la citazione di lui, il capoverso dell'art. 136 del cod. civ. è troppo esplicito nel prescrivere, senza distinzione di casi, che il marito debba sempre essere sentito o citato a comparire.

Nel giorno destinato, se il marito compare dovrà essere interrogato dal presidente al cospetto dei giudici ed in presenza della moglie se è pure comparsa, avendo essa diritto di promuovere le interpellanze che creda del caso. Se il

ricorso è stato occasionato da rifiuto del marito potrà tentarsi una conciliazione. Questa non riuscendo, o non essendone il caso, o non presentandosi il marito, il tribunale, udito il pubblico ministero, delibera sul ricorso *mediante sentenza,* nella quale in particolare devono essere menzionate (in via sommaria) le domande della moglie e le dichiarazioni del marito, ovvero nel caso in cui non sia comparso, la data della notificazione del ricorso e del decreto presidenziale. Inoltre deve essere accennato che fu sentito il ministero pubblico, devono esprimersi i motivi di fatto e di diritto, il dispositivo, devono esservi la data e le sottoscrizioni dei membri del tribunale e del cancelliere: tutto ciò a pena di nullità (art. 801).

La sentenza, nei casi urgenti, può essere deliberata dopo le conclusioni del pubblico ministero, prescindendo dalla citazione del marito; e nei motivi dovranno essere indicate le ragioni dell'urgenza (capoverso art. 136 cod. civ.).

1001. La sentenza stessa non è soggetta ad opposizione da parte del marito non comparso, poichè infatti non v'ha qui vera contumacia. Ma è sempre appellabile. Lo è per parte della moglie quando le ricusi l'autorizzazione; ed in riguardo a questa ipotesi la legge non stabilisce termine perentorio, essendo d'altronde in facoltà della moglie di riprodurre la sua domanda meglio istruita allo stesso tribunale (v. num. 976). Lo è per parte del marito quando il tribunale abbia conceduta l'autorizzazione. Egli deve proporre l'appello a pena di decadenza nel termine di giorni quindici dalla notificazione della sentenza, o, se fu presente alla sua prolazione, dal giorno in cui questa ebbe luogo (1).

---

(1) Confonde la disposizione del codice vigente con quella molto diversa, per forma e sostanza, del codice sardo del 1854, chi opina che il termine d'appello pel marito decorra dal giorno della prolazione della sentenza *a cui egli non sia stato presente,* tutte le volte che egli *si sia presentato in camera di consiglio*, per gli effetti di cui nell'art. 136 del codice civile. Questa opinione, enormemente ingiusta, perchè fa iniziare a carico dell'interessato la decorrenza di un termine *a di lui insaputa.* trovò favore presso la corte di cassazione di Firenze (sent. 3 maggio 1897, *Giurispr. ital.*, 1897, I, 1, 475). È da augurare che l'esempio non abbia imitatori.

Il procedimento in appello appartiene anche esso alla giurisdizione volontaria. La appellazione è proposta con ricorso notificato personalmente all'altra parte e depositato nella cancelleria della corte in un termine che, secondo le circostanze, è misurato alla stregua dell'art. 148 (volume I, n. 233) e che può essere sopra istanza dell'appellante abbreviato per decreto presidenziale (*ivi*, v. n. 237). Nello stesso termine la parte intimata può presentare un controricorso facendolo notificare al procuratore che ha sottoscritto il ricorso e depositandolo del pari in cancelleria. Sull'esame del ricorso e, quando vi è, del controricorso, la corte di appello pronunzia sentenza in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero (art. 802).

Questa sentenza può essere denunziata alla corte di cassazione per le cause e nelle forme ordinarie.

1001 *bis*. Se si eccettua l'ipotesi in cui il rifiuto del marito sia la causa che dà origine al procedimento di cui ora si parla, negli altri due casi nei quali l'autorizzazione giudiziale è sostituita alla maritale nulla vieta di supporre che fra i coniugi siavi concordia sull'oggetto della domanda da presentare al tribunale. Anzi avviene molto spesso che tale concordia si estrinsechi nella adesione del marito al ricorso, mediante apposizione della di lui firma ad esso, e (ben s'intende) mediante la redazione del ricorso medesimo nella forma di una domanda consensuale. La pratica di quasi tutti i tribunali ammise in simili circostanze la inutilità dell'ordine di comparizione del marito in camera di consiglio (salva l'ipotesi che ragioni speciali stabiliscano la opportunità di avere da lui maggiori schiarimenti), non occorrendo più di esplorare il di lui animo circa l'atto che la moglie chiede di compiere. Ammise, inoltre, che nei casi suddetti si provveda validamente con le forme ordinarie del procedimento di volontaria giurisdizione, e quindi con semplice decreto. Si arrivò talvolta fino ad eliminare la necessità del voto del pubblico ministero; ma questo è evidentemente un grave errore, giacchè il voto del pubblico ministero non è formalità esclusa nei procedimenti di giurisdizione volontaria (articoli 779, 780); e nella specie che ci occupa essa ci sembra prescritta non già in vista del

dissenso dei coniugi, ma per la migliore tutela dell'interesse della famiglia che può essere messo in pericolo anche da un atto inconsulto o improvvido sul quale i coniugi siano concordi. Nel rimanente non vediamo ragioni per combattere la esposta interpretazione della legge, a difesa della quale sta anche il fatto della diuturna osservanza dei nostri tribunali; laonde noi stimiamo pernicioso e immorale che possano d'improvviso essere impugnati e dichiarati nulli in danno di terzi, e forse dopo molto decorso di tempo, atti e contratti che furono compiuti con la più tranquilla persuasione della perfetta loro regolarità all'ombra di una attestazione giudiziale che faceva presumerla. Il tema è nella recente giurisprudenza vivamente controverso (1).

1002. La moglie, nei casi menzionati dall'art. 134 del codice civile, ha pure d'uopo dell'autorizzazione maritale *per stare in giudizio*, come attrice o come convenuta. Quando voglia farsi attrice e il marito non lo consenta, potrà chiederne autorizzazione al tribunale, che nel concederla, qualora la moglie sia minore d'età, deve deputarle un curatore che l'assista durante il corso del giudizio in luogo del marito. E similmente alla moglie minorenne è deputato un curatore per assisterla negli altri atti a cui sia stata giudizialmente autorizzata (art. 804). Quando la donna maritata si sia fatta attrice senza l'autorizzazione del coniuge o del magistrato, il convenuto avrà diritto di opporre una eccezione dilatoria fondata su codesto difetto. Imperocchè altrimenti

(1) Le corti di cassazione di Roma e Torino stanno per l'applicazione rigorosa in tutti i casi, a pena di nullità, delle norme di procedura speciale contraddittoria, secondo gli articoli 799 e seguenti del codice di procedura (cass. Roma, 25 marzo 1895 e cass. Torino, 30 luglio 1896, *Giur. it.*, 1895, I, 1, 294 e 1896, I, 1, 1032). Segue l'opinione contraria la corte di cass. Napoli (sentenza 8 gennaio 1898, *ivi*, 1898, I, 1, 197, e altre precedenti). È da osservare poi che nel caso stesso del rifiuto di autorizzazione da parte del marito, può ben avvenire che due coniugi, i quali si trovino fra loro in affettuosa e pacifica convivenza (la quale non rende impossibile un accidentale disparere in tema di interessi patrimoniali) concordino di presentare un ricorso al tribunale, esponendo chiaramente le ragioni della domanda della moglie e del rifiuto del marito e invocando la decisione giudiziaria per dirimere il loro disparere. In questo caso, a che pro ordinare la comparizione del marito in camera di consiglio, a meno che emerga per avventura il bisogno di maggiori schiarimenti sopra le ragioni del di lui rifiuto?

il marito potrebbe in appresso proporre azione di nullità contro la sentenza; il terzo ha dunque legittimo interesse di provvedere alla regolarità iniziale del giudizio. È manifesto che questa eccezione dilatoria del terzo non può venire confusa coll'azione di nullità indicata nell'art. 137 del codice civile, la quale ai terzi non compete.

1003. Quando la moglie sia da altri convenuta in giudizio, deve l'attore citare anche il marito allo scopo che le presti l'autorizzazione. È questa la forma che il legislatore ravvisò più opportuna per conciliare il rispetto all'istituto dell'autorizzazione col riguardo all'interesse dei terzi che non devono soffrire indugi nell'esercizio dei diritti loro. Il giudizio contro una donna maritata che fosse iniziato e compiuto senza la citazione del marito sarebbe nullo e la nullità potrebbe essere opposta anche in grado d'appello. Se il marito fu regolarmente citato, può darsi che egli non comparisca, o comparendo dichiari di autorizzare la moglie, ovvero di rifiutarle l'autorizzazione. Se non comparisca, l'autorizzazione si reputa conceduta tacitamente; e la stessa presunzione è accolta quando, nel termine per rispondere, il marito, regolarmente comparso, non faccia alcuna dichiarazione. Ma non si può considerare citato regolarmente il marito, non comparso in giudizio, se la citazione non gli fu rinnovata nei casi in cui è prescritto (art. 382). Nel caso di rifiuto espresso, non si fa luogo a speciali provvedimenti; ma nella prima sentenza che il magistrato adìto pronunzierà intorno alla causa (sia essa interlocutoria o definitiva) supplirà anche all'autorizzazione maritale, dichiarando la donna abilitata a stare in giudizio. La quale dichiarazione il tribunale *dovrà* sempre emettere nei predetti casi, non potendo a chicchessia essere negata la libertà di difendersi. Tali le disposizioni dell'art. 803; alle quali aggiungiamo che in ogni modo il marito, una volta che l'autorizzazione sia stata data espressamente o tacitamente, non può revocarla, essendo ormai acquisito alla moglie il diritto di difendersi liberamente, e all'altra parte contendente quello di agire senza ulteriori ostacoli in di lei confronto. Ed è anche perciò che l'art. 805, come fu detto già altrove (vol. I. n. 43), dispensa la moglie attrice o convenuta da qualsiasi bisogno

di ulteriore autorizzazione pei gradi superiori di giudizio, quando l'abbia, in valida forma, una prima volta ottenuta. Se ne deve trarre eziandio la conseguenza che la capacità della donna trovandosi integrata mercè l'autorizzazione, non è mestieri che le sentenze siano notificate anche al marito perchè possano acquistare autorità di cosa giudicata in confronto della moglie. Nè si può ritenere necessaria la notificazione al marito degli atti di causa successivi alla citazione. Parimente, la moglie una volta autorizzata procede legalmente da sola a qualunque atto e notificazione occorrente nel giudizio. Se però la citazione del marito non fu eseguita e la moglie non ne dedusse argomento di eccezione neppure in grado d'appello, rimane impregiudicato al marito stesso l'esercizio dell'azione di nullità attribuitagli dall'art. 137 del codice civile; azione che egli potrà spiegare intervenendo nel giudizio pendente, od anche in sede di esecuzione della sentenza; ovvero elevando opposizione di terzo contro di essa; tale azione non apparterrà invece alla moglie, ai suoi eredi od aventi causa, una volta che nei di lei riguardi siasi compiuto il passaggio in giudicato della sentenza.

SEZIONE II. — *Separazione personale.*

1004. Anche questo conflitto, il più grave che nelle relazioni ordinarie fra i coniugi possa verificarsi, tende la legge a mantenere, per quanto le è dato, nel dominio della giurisdizione volontaria, con intendimento morale e sociale assai encomiabile. Però non è raro che esso diventi tanto acuto da rendere inevitabili le solennità e le garanzie delle forme contenziose ordinarie per risolverlo, in vista anche degli interessi patrimoniali che vi sono congiunti.

Il coniuge che vuol chiedere la separazione personale inoltra al tribunale, per mezzo della cancelleria, un ricorso motivato a cui può unire i documenti giustificativi di cui dispone. Sulla presentazione che gliene deve venir fatta al più tardi nel giorno successivo, il presidente decreta il giorno in cui i coniugi dovranno comparire innanzi a lui. Copia del ricorso e di questo decreto è notificata cogli effetti e nelle forme della citazione come fu detto al n. 1000 (art. 806).

1005. La comparizione dei coniugi davanti il presidente è rigorosamente personale; essi non possono farsi rappresentare nè assistere (art. 807). Prima di tutto il presidente sentirà i coniugi l'uno separatamente dall'altro; indi riunitili farà loro le rimostranze che creda e le esortazioni opportune per conciliarli. Ove quest'opera di pace riesca a buon fine, si redige processo verbale contenente le necessarie indicazioni, che è sottoscritto dalle parti, dal presidente e dal cancelliere (art. 808).

1006. Può darsi che i coniugi presentino consensualmente ricorso per separazione volontaria. In questo caso il presidente destina il giorno in cui udirli e tentarne la conciliazione, riuscendo la quale provvedesi come testè fu detto. Se i coniugi persistono nel proposito di separarsi, il presidente farà redigere invece un processo verbale che accerta questa loro volontà ed enuncia le disposizioni stabilite tanto rispetto alle persone dei coniugi ed alle loro relazioni d'indole patrimoniale come rispetto alla prole. Indi egli convoca il tribunale in camera di consiglio e fa relazione dell'affare, proponendo l'omologazione del processo verbale, che ottenutala acquista valore di atto di separazione (art. 811). Avvertasi che le condizioni della separazione e quelle relative alla prole potranno essere in seguito modificate col variare delle circostanze. E ciò, sia in modo consensuale, e quindi in sede di giurisdizione volontaria, sia nella forma contenziosa, secondo che i coniugi si trovino o non d'accordo fra loro (art. cit. e art. 810 capoverso).

Nel caso di richiesta per separazione fatta da uno solo dei coniugi, può accadere che alla udienza davanti il presidente convengano entrambi nel divisamento di operare una separazione volontaria. Si applicano allora le norme qui sopra indicate.

1007. Si passa per necessità alla giurisdizione contenziosa quando il presidente non sia riescito a conciliare i coniugi o non abbiano questi convenuto per la separazione volontaria.

L'impossibilità di conciliare i coniugi può dipendere o dalla loro resistenza alle esortazioni del presidente o dalla non comparizione della parte citata. In entrambi i casi il

presidente pronunzia *decreto*, con cui rimette la controversia al giudizio del tribunale, dando insieme i *provvedimenti temporanei* che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi stessi e della prole (art. 808).

La disposizione merita di essere attentamente considerata. Il testo parla di un *decreto*. Ciò significa che fino a questo punto il procedimento si è svolto in sede di giurisdizione volontaria, essendo proprio di tale sede l'emanazione di un simile provvedimento (cfr. art. 782). Infatti non si può dubitare che la podestà del presidente nella fase preliminare del giudizio è tutta personale di lui, e non rappresenta quella del collegio per modo da poterla considerare come una giurisdizione delegata. La funzione giurisdizionale del collegio subentra dopo il decreto del presidente e viene eccitata con una citazione a cura della parte più diligente. In questo stadio ciò che fu detto e contestato davanti il presidente, le informazioni di cui egli si possa essere valso per meglio adempiere il proprio uffizio, non giovano alla trattazione della lite, che segue le norme ordinarie del contraddittorio e deve essere decisa secondo i risultati di una regolare istruzione. Anzi è notevole che nel caso ora in parola al presidente non è neppure prescritto di far redigere un processo verbale; egli ascolta le parti comparse, senza assistenza di cancelliere; e similmente senza questa assistenza pronunzia il decreto; solo atto che rimane a testimonio dell'insuccesso dell'opera conciliatrice tentata dal magistrato.

1007 *bis*. Queste riflessioni pongono in grado di ben determinare il carattere dei *provvedimenti temporanei* dati dal presidente col suddetto decreto, *nell'interesse dei coniugi e della prole*. Anche questi provvedimenti sono dati in sede di giurisdizione volontaria, in virtù della podestà personale del presidente. Si domanda se potrà essere proposto reclamo contro i medesimi al tribunale, come sarebbe permesso di fare contro una *ordinanza* emessa in sede incidentale (vedi articoli 182, 183). È da rispondere negativamente. Contro un *decreto*, che è la espressione di una podestà propria del presidente, non è proponibile reclamo al collegio; contro una *ordinanza* sì, perchè essa è la espressione di una podestà delegata. Siccome i provvedimenti presidenziali di

cui si parla sono per la loro essenza, e per dichiarazione di legge, *temporanei*, così, a istruttoria ultimata devono essere sostituiti da provvedimenti *definitivi* (conformi o diversi, ciò è indifferente) pei quali ha competenza il tribunale a mente dell'art. 810 (vedi numero seguente). Ma prima di essere posto in grado di pronunziare, mercè l'esaurimento della istruttoria, i provvedimenti *definitivi*, il tribunale non può surrogare la giurisdizione propria a quella del presidente in ordine ai provvedimenti *temporanei*. Nè dicasi che il presidente, col rimettere le parti al tribunale, si spoglia di ogni potere, avendo ormai compiuto il proprio uffizio, come avviene nella ipotesi dei provvedimenti temporanei emessi in sede esecutiva dal giudice singolo a norma dell'art. 572 (v. num. 722). La legge tiene nei due casi ben differente linguaggio. Nell'articolo 572 stabilisce che il giudice « dà i provvedimenti temporanei occorrenti *e rimette le parti avanti l'autorità giudiziaria competente* »; nell'art. 808 dispone invece che il presidente « rimette le parti avanti il tribunale *e dà i provvedimenti temporanei*, ecc. ». Nel primo caso la sua giurisdizione si consuma nella emanazione dei provvedimenti temporanei, e il rinvio al contraddittorio è *la conseguenza* di tali provvedimenti. Nel secondo caso è dal *rinvio al tribunale* che sorge il motivo per provvedere; esso cioè è *la causa* della ulteriore podestà data al presidente.

Tutto questo è perfettamente ragionevole; prima che sia completa l'istruttoria, il presidente può far tesoro di quante notizie e impressioni abbia personalmente raccolte per apprezzare l'opportunità d'un provvedimento *temporaneo;* il tribunale, che fu estraneo alla fase preliminare del giudizio, non potrebbe nè valersi di quegli elementi, nè giudicare consapevolmente intorno al modo in cui funzionò la prudenza personale e tutta subbiettiva del presidente.

Indi la importante conseguenza, che se prima della decisione *definitiva* del giudizio apparisca necessario o conveniente domandare nuovi provvedimenti *temporanei* nell'interesse dei coniugi o della prole, o qualche modificazione a quelli già impartiti, è sempre all'autorità del presidente, nell'esercizio della giurisdizione onoraria a lui deferita dalla legge, che le relative istanze devono essere indirizzate.

A carico del coniuge, che citato a comparire davanti il presidente non si presentò, l'art. 807 autorizza il magistrato ad applicare una pena pecuniaria non maggiore di lire cento. Può anche ordinare che sia di nuovo citato, prima di determinarsi a rimettere l'affare alla sede contenziosa. La nuova citazione per un'udienza successiva deve sempre essere ordinata, quando il non comparso abbia giustificato un legittimo impedimento.

L'articolo citato contempla anche l'ipotesi di mancata comparizione del coniuge che presentò il ricorso per la separazione e stabilisce che la domanda si ha per non fatta e che il proponente viene condannato verso l'altra parte nelle spese.

1008. Il decreto presidenziale che rinvia le parti al tribunale è notificato al coniuge non comparso. Occorra o non occorra questa notificazione, la parte più diligente citerà l'altra, come abbiamo detto, a comparire innanzi il tribunale nelle forme ordinarie (art. 809).

Nella giurisprudenza posteriore alla legge del 1875 che mantenne obbligatorio l'intervento del pubblico ministero in materia civile soltanto nelle *cause matrimoniali* è prevalso il concetto che sotto tal nome si comprendano anche le cause per separazione personale; e quindi anche in esse si vuole che l'intervento predetto abbia luogo a pena di nullità del giudizio.

Con la sentenza che pronunzia la separazione il tribunale stabilisce, se ne è il caso, il modo con cui i coniugi debbano somministrare l'uno all'altro gli alimenti, tenuto conto dei motivi della separazione, ed imparte nei riguardi della prole le disposizioni definitive (v. art. 154 codice civile); tali provvedimenti sono però suscettivi di rivocazioni e modificazioni, come si è detto al n. 1006 (art. 810).

CAPO V.

Interdizione ed inabilitazione.

1009. Fra i procedimenti speciali è senza dubbio uno dei più delicati quello mediante il quale si provvede alla dura necessità di spogliare un cittadino della sua piena capacità giuridica, quando per alterazione patologica delle facoltà psichiche non sia più in grado di bene usarne. Si tratta d'assicurare la sollecita tutela di uno sventurato; ma nello stesso tempo è di somma importanza circondare con ogni guarentigia le indagini che intorno al di lui stato debbonsi istituire, per rendere impossibile che la giustizia divenga stromento inconsapevole di errori deploratissimi o di turpi raggiri. Conviene che il legislatore contempli insieme le due probabilità che la persona di cui viene proposta la interdizione sia davvero inferma di mente e non abbia nemmeno l'attitudine a comprendere la gravezza del provvedimento, o che invece la persona stessa non sia realmente in preda a malattia mentale, ma vittima di una odiosa macchinazione; perciò non sarà mai soverchia la cura per assicurarle la più ampia libertà di difesa contro il peggiore degli attacchi alla integrità del diritto individuale. Al conseguimento della duplice guarentigia risponde sufficientemente il metodo accolto dalla nostra legge che contempera i benefizi derivanti dall'esercizio quasi famigliare e privato della giurisdizione volontaria colle solennità ed i presidii della contenziosa, assegnando a ciascheduna forma di rito un còmpito rilevante e del pari utile nella procedura stabilita pel giudizio d'interdizione. Alla medesima è poi analoga quella del giudizio d'inabilitazione.

1010. Alla giurisdizione volontaria appartiene la serie degli atti preliminari, i quali, nel mentre sono destinati a fornire ai giudici una certezza materiale intorno alle condizioni dell'individuo di cui fu loro denunziata l'incapacità, non servono però a provocare senz'altro la deliberazione della sua interdizione od inabilitazione, ma solamente a

rendere procedibile lo sviluppo successivo della domanda nella sede contenziosa. Quand'anche a prima vista sembri ciò alquanto complicato, non si può in questa materia trovare eccessiva alcuna cautela, nè desiderare che la maturità delle ponderazioni sia sacrificata alla celerità del giudizio.

Chi, essendovi autorizzato dalla legge (art. 326 cod. civ.), reputa di dover promuovere l'interdizione d'un cittadino o la sua inabilitazione, deve presentare un ricorso al tribunale civile del luogo dove costui ha domicilio (se questo non è noto al tribunale del luogo di residenza), esponendo specificatamente i fatti sui quali fonda la domanda, unendo i documenti che possono valere ad appoggiarla e indicando i testimoni informati delle circostanze narrate. La competenza del tribunale *del domicilio* non è stabilita *per ragione di materia,* ma semplicemente una ordinaria norma di competenza territoriale, soggetta alle sanzioni generali della competenza relativa. Il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero (art. 836), a meno che esso medesimo abbia proposto il ricorso.

La legge dice, con semplice espressione, che il tribunale *provvede.* Prima però di provvedere sarà naturalmente suo diritto, ed a norma delle circostanze suo dovere, assumere informazioni ed istituire indagini, secondo le indicazioni fornite nel ricorso; e così delegare un giudice perchè esamini testimoni designati, ovvero interrogarli in camera di consiglio, ecc. Niun limite può essere assegnato qui al potere discrezionale del magistrato, appunto perchè esso esercita giurisdizione volontaria; e tanto maggiore deve essere la ampiezza delle sue facoltà quanto ne è più grave l'uffizio.

1011. L'esame del ricorso e dei documenti, l'esaurimento delle altre formalità ora accennate, possono senz'altro convincere il tribunale che la proposta sia infondata; allora deve rigettarla. Quando non venga a questa decisione, dovrà soltanto riconoscere che la domanda è meritevole di istruttoria. Ed il primo atto di questa consiste nel provocare il voto del consiglio di famiglia o di tutela, del quale all'uopo il tribunale ordinerà con decreto la convocazione, e se del caso la costituzione, innanzi il pretore competente. La deliberazione del consiglio di famiglia (a cui, giusta

l'articolo 327 del codice civile, non può concorrere chi ha presentata la domanda), viene poi depositata nella cancelleria del tribunale per essere unita al ricorso. Se essa sia favorevole all'instato provvedimento, il presidente con suo decreto stabilisce un giorno nel quale l'interdicendo od inabilitando deve essere sentito in camera di consiglio. Copia del ricorso e di questo decreto vengono a lui notificate nella forma e per l'effetto di citazione, nel termine che il presidente abbia assegnato (art. 837).

1012. L'interdicendo od inabilitando è sottoposto in camera di consiglio ad un interrogatorio il quale sarà diretto dalla prudenza dei magistrati a fornire criteri i più esatti possibili intorno al suo stato mentale. La legge quindi non prefigge per esso norme speciali. Le interrogazioni non potranno certamente venire prestabilite e comunicate in antecedenza a chicchessia, ma prenderanno indirizzo e norma dalle circostanze. Assiste il pubblico ministero e si fa processo verbale. Se la persona citata trovasi legittimamente impedita a comparire (come se fosse impossibile trasferirla da un luogo ad altro per condizioni patologiche, o perchè in istato di furore morboso, ecc.), il presidente delega un giudice a recarsi nel luogo dove essa si trova, con l'intervento del pubblico ministero e con l'assistenza del cancelliere per interrogarla. Dei risultati dell'interrogatorio si compila processo verbale. La legge non esige per codesti processi verbali la sottoscrizione dell'interrogato, essendo prevedibile l'ipotesi che spesso non sia in grado di apporla (art. 838).

Se l'interdicendo od inabilitando non compare nel giorno assegnato, senza esserne impedito, o se comparendo ricusi di rispondere, il tribunale *dà i provvedimenti opportuni* (art. 839). Potrà cioè ordinare nel primo caso, se lo reputi utile, che si rinnovi per altra giornata la citazione, o delegare un giudice a recarsi presso l'interrogando. Potrà in entrambi i casi impartire le disposizioni più adatte per la interinale conservazione del patrimonio della persona che è oggetto del giudizio, ordinando, per esempio, l'apposizione dei sigilli ai suoi beni mobili, ecc. Il capoverso dell'articolo citato fa cenno particolare di uno fra i più utili ed importanti provve-

dimenti interinali, la nomina cioè d'un curatore temporaneo che prenda cura della persona e dei beni dell'interdicendo od inabilitando.

1013. La nomina del curatore appartiene per altro, secondo l'avviso nostro, alla fase contenziosa del giudizio. È quindi opportuno premettere l'osservazione che dopo gli atti che si accennarono in precedenza, il giudizio d'interdizione o d'inabilitazione si svolge mercè un contraddittorio regolare fra chi lo promosse e la persona contro cui è diretto. In altre parole, l'interdicendo od inabilitando deve essere citato nei modi regolari per difendersi contro la domanda con cui è provocata la dichiarazione di sua totale o parziale incapacità. L'istruttoria dovrà ricevere lo sviluppo più completo, e segnatamente quando il convenuto si difenda. Sarà dunque possibile che occorra di esaurire prove orali e fra le altre quella per testimoni. Relativamente ad essa l'articolo 840 affida al tribunale la facoltà di ordinare che l'esame dei testimoni si faccia senza la presenza del convenuto. Lo scopo della disposizione si comprende bene essere quello di lasciare la maggiore libertà ai testimoni, anco se fossero per enunciare fatti spiacevoli ad ascoltarsi per la persona cui riguardano. Ma, a garanzia dell'assente, è prescritto l'intervento all'esame del rappresentante il pubblico ministero (anche quando non sia attore) ed è permesso che vi assista il procuratore o l'avvocato del convenuto ed il suo curatore temporaneo quando sia stato eletto.

Quanto alla forma del procedimento, sebbene l'art. 843 del codice prescrivesse per regola il formale, non può essere dubbio che dopo la legge 31 marzo 1901 si debba osservare per regola il sommario, salvo provvedere al cambiamento del rito se le opportunità della istruttoria lo consigliassero.

1014. Adunque la fase contenziosa serve di controllo alla verità dei fatti già presi in considerazione in quella di giurisdizione volontaria; e nella medesima, come in ogni comune giudizio, possono sorgere incidenti, uno dei quali può essere appunto la nomina del curatore temporaneo. E ne consegue che tale nomina deve venir fatta mediante sentenza, salvo che il convenuto aderisca al provvedimento, essendo necessario mantenergli la guarentigia dell'appello

anche rispetto a codesto provvedimento, che qualora fosse inopportuno, sarebbe tanto ingiusto quanto dannoso.

Dei poteri del curatore temporaneo la legge non fornisce una precisa nozione. Il nome di *curatore* richiama a questo concetto: che esso non acquisti la *rappresentanza* della persona soggetta al giudizio, nè la *diretta amministrazione* dei suoi beni; ma invece debba *assisterla* negli atti relativi ai beni e *sorvegliarla* in quanto lo richiedano le sue condizioni patologiche. Il curatore quindi da solo non potrà agire, ma l'interdicendo od inabilitando a sua volta nulla potrà fare che ecceda gli atti di semplice amministrazione, senza l'assistenza del curatore. Qualora però le circostanze suggeriscano di assegnare al curatore uffizi di vera e diretta rappresentanza ed amministrazione, a foggia di quelli competenti al tutore, il tribunale potrà impartirgli le autorizzazioni all'uopo necessarie, sia con lo stesso atto di nomina o sia con atti successivi.

1014 *bis*. Al curatore temporaneo non spetta quindi l'azione per impugnare come nulli gli atti compiuti dall'interdicendo posteriormente alla di lui nomina. La legge (art. 335 del cod. civile) circoscrive *al tutore*, *all'interdetto* (cioè a colui che *già fu* e indi ha cessato di essere interdetto), ai suoi eredi od aventi causa, l'esercizio di tale azione. E poichè il curatore provvisorio non è *tutore*, nè l'interdicendo è a dirsi ancora *interdetto*, l'esercizio dell'azione per nullità da parte del curatore sarebbe illegale e prematuro. È ragionevole, invero, che solo dal positivo accertamento giudiziale dei fatti che dànno luogo alla interdizione e dalla conseguente pronunzia definitiva di questa, sorga il titolo per la impugnazione degli atti compiuti da chi non aveva la capacità di eseguirli.

1015. In un punto il soggetto passivo del giudizio rimane sempre indipendente dal curatore: è nell'esercizio della difesa della propria capacità. Il curatore può assistere al giudizio, anzi sarà suo dovere d'intervenirvi: ma la difesa che il convenuto sostenga non ha bisogno di assistenza nè di autorizzazione per essere valida. È questa una salvaguardia tanto preziosa quanto indispensabile per evitare che prevalgano gli artifizi dolosi coi quali, approfittando di circostanze

eccezionali, si volesse far apparire demente chi non lo è, ed impedirgli di lottare vantaggiosamente contro l'insidia che gli viene tesa.

Questa libertà della difesa del convenuto è sancita nel capoverso ultimo dell'art. 841, dove si dichiara che egli può appellare dalla sentenza che pronunzia la sua interdizione od inabilitazione, anche senza l'assistenza del curatore. E se può appellare, può naturalmente valersi di ogni altra specie di rimedio.

È possibile del resto che il curatore trovi doveroso di associarsi alla difesa del convenuto e quindi di concorrere con lui nell'appellazione. Se non l'abbia fatto, ma sia però intervenuto nel giudizio, il convenuto dovrà notificare anche a lui l'atto d'appello.

1016. Come può appellare l'interdicendo od inabilitando, così ha diritto di farlo anche colui che ne promosse la dichiarazione di incapacità, nel caso che la sentenza del tribunale respinga la sua domanda, o pronunzi qualsivoglia specie di sentenza incidentale che lo gravi. Anzi la legge va più in là; e rispetto alla sentenza definitiva che respinge la domanda d'interdizione o d'inabilitazione ammette ad appellarne qualsivoglia persona avrebbe avuto diritto di proporre tale domanda, quand'anche non intervenuta in alcun modo nel giudizio di primo grado (art. 841). Questa derogazione, unica nel nostro codice, al principio generale che regola la materia delle impugnazioni contro le sentenze, altrove esposto (vol. I, n. 543), è giustificata dalla necessità d'ordine pubblico insita nei provvedimenti di tutela degli incapaci, qualora di essi si verifichi reale bisogno (1). Non si può

---

(1) Abbiamo potuto osservare nella pratica un grave inconveniente, che rivela una lacuna in questa parte delle disposizioni legislative. Talvolta i congiunti del prodigo lo persuadono a lasciarsi interdire, mentre il suo stato non ammetterebbe che la inabilitazione; e facilmente si ottiene, una volta assicurata la di lui connivenza, di esagerare agli occhi del magistrato le anomalie mentali a cui si tratta di riparare. Pronunziata l'interdizione, si rendono nulle le obbligazioni anteriori, dimostrando facilmente *che la causa dell'interdizione sussisteva al tempo in cui furono contratte e il pregiudizio che ne derivò all'interdetto* (art. 336 cod. civ.). Nè i terzi contraenti hanno alcun rimedio contro simile insidia.

ammettere che la stanchezza, la negligenza, l'impotenza pecuniaria di chi aveva iniziato il giudizio, lo facciano arrestare innanzi ad una sentenza reiettiva della domanda, mentre la riparazione di questa può forse costituire un provvido beneficio per colui medesimo che conseguiva la apparente vittoria. E se altri non cerca cotesta riparazione, la potrà provocare il pubblico ministero, come rappresentante dell'ordine pubblico e delegato a vigilare gli interessi delle persone incapaci. L'appello si dirige in ogni caso contro il convenuto, ed è notificato anche al curatore se esiste (art. citato). L'obbligo di questa notificazione non significa però che il curatore rappresenti il convenuto nel giudizio d'appello o debba indispensabilmente quivi assisterlo; poichè avvertimmo dianzi essere dalla legge accolto il principio che nell'esercizio della difesa il convenuto fruisca di tutta la indipendenza che s'addirebbe alla ipotesi della sua piena capacità amministrativa ed assoluta sanità di mente.

1016 *bis*. Il giudizio d'interdizione o di inabilitazione è come ogni altro soggetto alla perenzione d'istanza. Quando questa si verifichi, la procedura rimane annullata e risorge la presunzione di capacità integrale del convenuto, salva soltanto la possibile applicabilità ai suoi atti del disposto nell'art. 337 del codice civile, qualora un nuovo giudizio sia poi iniziato e condotto a termine. Nel caso di perenzione, cade l'effetto della nomina dell'amministratore, essendo questo un provvedimento di carattere temporaneo, che può durare solo quanto dura il giudizio nel quale fu emanato.

1017. La causa determinante il provvedimento della interdizione o della inabilitazione è (sempre per la prima, spesso per la seconda) una condizione patologica ed anormale la cui durata può anche essere transitoria. Non vi è bisogno di dimostrare che cessata la causa è urgente farne cessare l'effetto, ripristinando il cittadino nel pieno possesso delle sue facoltà giuridiche, come è sanzionato negli articoli 338 e 342 del codice civile. Il primo dei quali, con disposizione comune anche alla inabilitazione, dichiara che il consiglio di famiglia o di tutela dovrà *vegliare* per riconoscere se continui la causa dell'interdizione; e che, cessando

questa causa, l'interdizione sarà revocata ad istanza dei parenti, del coniuge o del pubblico ministero. La legge non ammette dunque l'interdetto od inabilitato ad agire personalmente; se ciò pare in un certo senso abbastanza grave, è da notare per altra parte quanto fosse ragionevole impedire che colui il quale è nello stato di interdizione o di inabilitazione assedi continuamente il magistrato con istanze di revoca, senza plausibile fondamento, come molto spesso si verificherebbe. Del resto non è tolto alla stessa persona che fu assoggettata al provvedimento, di provocare con mezzi indiretti ma efficaci la propria liberazione, al verificarsi di giusti motivi, sia col promuovere dal pretore la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela, sia col fornire al pubblico ministero le dimostrazioni persuasive che varranno a determinarlo ad agire per la revoca, quando i parenti, per malo animo od erroneo giudizio, si tenessero inoperosi.

1018. Il consiglio di famiglia, in adempimento dell'obbligo di vigilanza del quale abbiamo fatto cenno, è autorizzato a dichiarare, anche per propria spontanea iniziativa, che la causa della interdizione o della inabilitazione è venuta meno. Quando esso deliberi in questo senso, il pretore trasmette d'uffizio al procuratore del re il processo verbale dell'adunanza del consiglio, che serve a questo magistrato come titolo e fondamento a promuovere la revoca dell'interdizione o della inabilitazione (art. 842).

1019. Anche nei casi in cui la revoca sia domandata da una delle persone a cui la legge lo consente, è necessario che il consiglio di famiglia emetta il suo parere. Anzi, il capoverso primo del citato articolo 842 stabilisce che in genere pel procedimento di revoca si seguono le stesse norme che per il giudizio d'interdizione od inabilitazione. Ciò significa pertanto (che salva l'ipotesi considerata nel precedente numero), l'istanza di revoca sarà proposta con ricorso al tribunale che ordinerà la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela. Veduto il voto favorevole del consiglio (e questa parte è comune anche al caso accennato nel numero precedente), il tribunale procederà all'interrogatorio della persona di cui si tratta; indi sarà ordinata la trattazione sulla domanda in sede contenziosa.

Chi sarà il convenuto nell'istanza di revoca dell'interdizione? Senza dubbio l'interdetto od inabilitato nella persona del tutore o legittimo rappresentante, o coll'assistenza del curatore. È lui infatti che la domanda riguarda, ed è rispetto a lui che la sentenza deve produrre effetti.

La revoca dell'interdizione può essere *parziale;* cioè, può essere riconosciuta la opportunità di sostituire ad essa la semplice inabilitazione. Del resto è da ritenere in generale che domandata la interdizione possa in luogo di essa venire pronunziata la inabilitazione, e viceversa, se le circostanze dimostrino essere ciò conforme a giustizia.

1020. La legge ha dovuto riflettere che importa circondare la domanda di revoca della interdizione od inabilitazione di cautele non minori di quelle che necessitano per il giudizio di dichiarazione dell'incapacità. Chi può invero garantire *a priori* che lo affrancamento dell'incapace dal vincolo della interdizione non sia chiesto per mire di bassa cupidigia, come, ad esempio, per carpirgli un testamento od una liberalità, per fargli contrarre matrimonio, ecc.? E ciò, senza che alcun effettivo miglioramento siasi in lui verificato da rendere plausibile la restituzione della piena capacità.

Interessa favorire la causa della libertà, ma conviene favorirla con circospezione e non senza una qualche diffidenza. Ond'è che a ragione il legislatore, riflettendo che da parte dell'incapace è ben difficile si sollevino obbiezioni contro la domanda di revoca, ha voluto che l'opposizione possa essere esercitata da qualunque delle persone che avevano diritto di promuovere l'interdizione o l'inabilitazione ed altresì da qualunque dei membri del consiglio di famiglia che fu di parere contrario alla revoca. Ciascuna di tali persone ha quindi facoltà di intervenire nel giudizio di revoca, per dimostrare i motivi che reputa valevoli contro la domanda. Di più, anche se non è intervenuta nel contraddittorio di prima istanza, ciascuna di tali persone è autorizzata ad appellare dalla sentenza che pronunziò la revoca (art. 842).

Ognuno intende che la revoca dell'interdizione o della inabilitazione non impedisce mai di far rinnovare il provvedimento al ripetersi delle cause che l'avevano la prima volta determinato.

1021. Poichè lo stato d'interdizione o di inabilitazione ha un effetto importantissimo in confronto ai terzi che potessero avere relazioni di affari colle persone soggette a quei provvedimenti, così è palese il bisogno di dare la maggiore notorietà e pubblicità tanto alla sentenza che pone un cittadino in condizione d'incapacità come a quella che ne lo proscioglie. Vi provvede l'articolo 844 col prescrivere che le sentenze le quali pronunziano l'interdizione o l'inabilitazione, o la revoca dell'una o dell'altra, passate in giudicato, vengano trasmesse per estratto a cura del ministero pubblico alle cancellerie *di tutti i tribunali civili dello stato*, per essere in ciascheduna trascritte in apposito registro da offrirsi alla libera ispezione di chiunque lo richiegga. La copia della sentenza viene inoltre affissa nella sala pubblica d'aspetto, in tutti i tribunali anzidetti.

Intorno alle forme di codesta trasmissione delle copie della sentenza alle cancellerie, dà indicazioni speciali l'articolo 269 del regolamento generale giudiziario.

TITOLO III.

GIURISDIZIONE DEI CONSOLI E DEI TRIBUNALI CONSOLARI

1022. Il principio della *territorialità* della giurisdizione come parte della sovranità fu accolto dal legislatore italiano nei riguardi del nostro stato, nel senso da assicurare protezione e giustizia dentro i confini di questo agli stranieri che la invocano e contro gli stranieri che per concorso di peculiari condizioni vi siano giudicabili (v. vol. I, n. 184). Ora, ciò che parve giusto e civile in casa nostra non può apparirci diverso vedendolo in casa altrui; e pertanto è principio da ammettere senza discussione che il cittadino italiano il quale ha controversie cogli stranieri in paese estero, relativamente a diritti patrimoniali, debba assoggettarsi alle leggi ed alle garanzie processuali del luogo della contesa. E come fra noi si è voluto che la giurisdizione territoriale del magistrato italiano possa esercitarsi anche sulle liti che tra stranieri si agitano nel nostro stato, così giova riconoscere corretto che le controversie *fra cittadini italiani* trattate in altri paesi debbano venir giudicate dal magistrato del luogo e secondo la legge a norma delle circostanze applicabile.

Ma la molteplicità dei rapporti commerciali fra le nazioni porta talora i nostri cittadini a stabilire un centro d'affari e quindi una sorgente di possibili controversie, in paesi nei quali il grado di civiltà ed il progresso della legislazione non sono peranco tali da rendere sicura una sufficiente tutela dei loro diritti mercè l'applicazione delle leggi locali, o dove gli stranieri nelle particolari controversie fra di loro non sono neppure ammessi ad ottenere la protezione delle leggi medesime. A siffatte deficienze era dovere dello stato riparare

in quel modo più conveniente che le norme del diritto delle genti e le relazioni internazionali concedono. E tale modo consiste nel conferire ai rappresentanti amministrativi italiani una speciale giurisdizione sui nazionali residenti in quei paesi, abilitandoli a decidere le loro controversie e ad esercitare fra di essi le altre opportune attribuzioni giudiziarie in conformità delle nostre leggi, quasi considerando terra italiana il luogo dove i nostri connazionali vengono a quella giurisdizione subordinati. La giurisdizione consolare è adunque un prolungamento fittizio della giurisdizione territoriale ordinaria ed ha in questo carattere la sua giustificazione scientifica. E perciò appunto deve essere limitato l'effetto suo agli affari ed alle contese che riguardano i cittadini italiani, o sorgono tra di loro; nè si potrebbe pretendere di applicarla ai rapporti fra questi ed i nazionali dello stato estero, avvegnachè usurperebbe allora le prerogative della giurisdizione territoriale di codesto stato. Solo può essere ammesso che gli indigeni dello stato estero possano invocarla contro gli italiani che vi sono soggetti, essendo lecito che l'attore segua il convenuto al suo foro personale, sempre che per altro gli usi o i trattati non vi si oppongano.

1023. Le giurisdizioni consolari, d'origine prettamente italiana, sono molto antiche; dai cenni sommari che precedono si comprende come esse dovessero essere tanto più estese ed importanti quanto minore era la civiltà generale delle nazioni. Ed infatti le giurisdizioni consolari delle repubbliche commerciali italiane, negli scali di levante e di Barberia ed altrove, avevano privilegio per giudicare anche sulle controversie fra gli italiani e gli indigeni.

Si comprende ancora come codeste giurisdizioni venendo in realtà esercitate nel territorio di un altro stato, non possano essere istituite se non col beneplacito di questo. È in conseguenza di ciò che la legge consolare 28 gennaio 1866, negli art. 20 e 65, reiteratamente le dichiara fondate nei trattati internazionali e negli usi locali dei paesi stranieri.

Oggi le giurisdizioni consolari italiane funzionano in pochi stati, riconosciute ivi dai trattati. Se ne hanno in Turchia, nel Marocco, nella Birmania, nella Cina, nel Giappone e nella Persia.

Esse sono regolate dalla legge consolare citata e dal regolamento 7 giugno 1866 per l'esecuzione della medesima. È duplice la ragione per cui troviamo opportuno di riassumerne qui le disposizioni. In primo luogo perchè il codice di procedura fa esplicito richiamo della competenza dei consoli e dei tribunali consolari nell'art. 87 (v. vol. I, n. 152). In secondo luogo perchè i consoli ed i tribunali consolari sono vere e proprie magistrature nazionali. Dalla quale ultima osservazione scaturisce questo corollario: che le loro sentenze e gli altri provvedimenti sono esecutorii nello stato italiano senza bisogno di alcun giudizio di delibazione, come appunto se fossero emanati entro i confini del territorio nazionale.

1024. La podestà giudiziaria dei consoli e dei tribunali consolari si esplica tanto nelle materie civili e commerciali come nelle penali (art. 66 della legge consolare). Non occupandoci delle materie penali, avvertiamo che la loro giurisdizione civile è contenziosa e volontaria. La misura dei poteri giurisdizionali essendo però determinata dagli usi e dai trattati, ne deriva che non dappertutto essa è uniforme. In alcuni paesi è conceduto al nostro stato di esercitare indistintamente la giustizia civile e la penale sui nazionali ivi residenti; altrove è solo ammesso all'esercizio della giurisdizione civile, in altri luoghi ancora non si riconosce legittima che una parte di questa, cioè la volontaria. I tribunali consolari non sono istituiti che nei luoghi dove si ammette una piena giurisdizione contenziosa, civile o penale, da parte dell'Italia sui propri cittadini (art. 67 della legge citata). Essi vengono composti (art. 68 e 79) del console, o di chi ne fa le veci, che li presiede e di due giudici tratti da una lista che egli annualmente redige delle persone residenti nel distretto consolare, preferibilmente fra gli italiani, che reputa idonee all'ufficio e che devono prestare un giuramento (art. 70). Quando non si possa comporre o radunare il tribunale consolare, le funzioni di questo sono esercitate dal console (art. 71), il quale è sempre competente in via esclusiva a provvedere per l'esecuzione delle proprie sentenze e di quelle del tribunale (art. 73). Per le funzioni di cancelliere, di usciere e per l'esercizio del patrocinio prov-

vedesi come meglio è possibile, mediante l'uso della potestà discrezionale confidata all'uopo ai consoli onde scelgano persone a ciò idonee (art. 72, 74, 75).

1025. Appartiene alla competenza del console il giudizio: 1° sulle controversie per cui tale competenza gli è in modo speciale riconosciuta dalle leggi, dai trattati e dagli usi; 2° sulle liti di qualunque natura, il valore delle quali non ecceda lire cinquecento, sorte fra nazionali, od in cui essi siano convenuti, sempre che per queste ultime non ostino gli usi del paese; 3° sulle liti che sorgano, nei limiti del valore predetto, fra individui componenti gli equipaggi dei bastimenti nazionali di commercio, riguardo ai salari, agli alimenti ed a qualsiasi altra obbligazione dipendente dalla navigazione, o su quelle eziandio riguardanti le somministranze da farsi dai capitani o da patroni ai marinai lasciati a terra. Le sentenze nelle liti indicate ai nn. 2 e 3 sono inappellabili. Il tribunale consolare conosce in genere delle controversie di valore superiore a 500 lire, salvo che abbiano per oggetto lo stato civile delle persone, essendo queste riservate alle autorità giudiziarie residenti nella madre patria. Tuttavia le questioni di stato che si propongano in via incidentale nelle cause pendenti davanti i consoli ed i tribunali consolari sono dai medesimi giudicate, salva la limitazione rigorosa degli effetti della sentenza alla specie decisa (articoli 76, 77, 78 e 79 legge citata). Riferendo quest'ultima disposizione (dell'articolo 79), ci giova notare come essa risponda perfettamente ai principii scientifici (v. vol. I, nn. 126, 127) e come, per conseguenza della medesima, anche se la questione incidentale di stato si sollevi fra *legittimi contraddittori*, il magistrato consolare dovrà conoscerne al solo effetto preindicato. L'opportunità di derogare parzialmente in questa guisa alle regole generali, che altrove esponemmo (v. loco citato), sta nel motivo stesso per cui la giurisdizione consolare fu istituita, nel doversi cioè procurare che i nazionali residenti lontano dalla patria ottengano pronta risoluzione di quelle fra le loro controversie che riguardano le quotidiane transazioni dei traffici e la sistemazione degli affari pendenti all'estero.

Dalle sentenze dei tribunali consolari è concesso di appellare solo quando il valore della lite ecceda lire millecinquecento. La cognizione degli appelli appartiene alla corte di Genova per le sentenze proferite dai tribunali consolari sedenti in Africa, escluso l'Egitto. Per le sentenze in qualunque altro luogo pronunziate, il giudizio d'appello è deferito alla corte di Ancona (art. 105).

1026. I consoli, quando ne siano richiesti, devono anche adoperarsi, come conciliatori, a comporre amichevolmente le contestazioni insorte fra nazionali, o fra questi e sudditi esteri (art. 58). Possono accettare la funzione di arbitri, per giudicare come amichevoli compositori, quando le parti abbiano rinunziato all'appello nell'atto di compromesso; le sentenze arbitrali dei consoli sono esecutorie nello stato senza bisogno di ottenere per esse il decreto di cui si fece parola al n. 702 (art. 59).

Qualora il console, nell'esercizio delle sue funzioni amministrative, ricusi di procedere alle pubblicazioni di un matrimonio od alla sua celebrazione, si può dalle parti reclamare innanzi il tribunale consolare, dove esiste. Dove esso manca, il reclamo è presentato alla cancelleria consolare e da questa trasmesso al procuratore del re presso il tribunale del luogo di domicilio della parte reclamante, il quale provocherà dal tribunale medesimo gli opportuni provvedimenti in camera di consiglio (v. n. 963). Le deliberazioni del tribunale vengono partecipate d'uffizio al console che le fa notificare agli interessati (articolo 40). Le opposizioni al matrimonio sono decise dai tribunali consolari, dove esistono, od altrimenti dal tribunale del luogo di domicilio dello sposo. I tribunali consolari sono anche competenti a giudicare sulle domande di rettificazione degli atti dello stato civile ricevuti dai consoli dei rispettivi distretti (articolo 41). In mancanza dei detti tribunali, la cognizione delle domande accennate apparterrà al tribunale del luogo di domicilio della persona cui la rettificazione direttamente riguarda.

1027. Le forme dei procedimenti contenziosi sono disciplinate in relazione ai particolari bisogni dell'ambiente in cui essi si svolgono.

Per iniziare una lite, sia essa di competenza del console o del tribunale, la parte attrice presenta al console un ricorso contenente la esposizione del fatto; può supplirvi anche con una informativa verbale che dal console si fa ridurre in iscritto. Esaminato il ricorso o sentita l'informazione, il console mediante decreto stabilisce il giorno in cui le parti dovranno comparire innanzi a lui od al tribunale. Può ordinare la comparizione in qualunque termine, ed anche immediatamente se l'urgenza lo esiga. Copie del ricorso o della informativa e del decreto, non che dei documenti prodotti dall'attore a sostegno della sua domanda, si notificano al convenuto. Le regole per la consegna sono analoghe a quelle che detta il codice per la consegna delle citazioni. Se il convenuto ha cessato di risiedere o di avere dimora conosciuta nel distretto consolare, la notificazione gli vien fatta mediante affissione degli atti alla porta della sede del consolato (art. 80, 81, 82, 83, 84, 85 legge citata).

La comparizione all'udienza può aver luogo personalmente o per mezzo di mandatario; può in ogni caso essere ordinata dal console o dal tribunale la comparizione personale delle parti o la personale audizione di una di esse (interrogatorio). È dovere del console tentare, prima che si discuta la lite, di comporla amichevolmente; a tale effetto eziandio può valersi delle facoltà che ora sonosi accennate. Se riesce l'amichevole componimento se ne fa apposito atto in forma di processo verbale (art. 86, 87, 88 legge citata, art. 231, 232, 233 del regolamento).

Se la lite non può essere evitata mediante componimento, la discussione procede press'a poco come nei giudizi davanti i pretori. La parte attrice presenta il ricorso o l'informativa; il convenuto deduce la sua risposta o per atto scritto o per deduzioni orali che raccolgonsi in processo verbale, formolando le proprie conclusioni. Il contraddittorio prolungasi di questa guisa fino a che la causa sia sufficientemente istruita. Le parti possono far sentire testimoni, i quali, se nazionali, hanno l'obbligo di comparire e di prestare il giuramento; se sono stranieri, spetta al console procurarne la comparizione nei modi possibili. I testimoni sono sentiti in pubblica udienza. In genere poi gli atti d'istruzione,

qualora non debbano compiersi innanzi il tribunale consolare, si eseguiscono dal console, nè può essere delegato a procedervi alcuno dei giudici assistenti (art. 89, 90, 94, 95, 96, 97 della legge, art. 234 del regolamento). Degli atti di istruzione che hanno luogo all'udienza pubblica in presenza delle parti e davanti il console od il tribunale, non si redige processo verbale se la sentenza non è appellabile o se una delle parti non fa istanza perchè sia redatto a sue spese; gli atti che non si fanno alla udienza, ma per mezzo del console, si consegnano sempre in processi verbali (art. 243 e 244 del regolamento).

1028. La pronunzia della sentenza ha luogo nell'udienza in cui è trattato l'affare od in altra successiva. Deve la sentenza contenere l'indicazione dei nomi delle parti, della loro dimora, le loro conclusioni, i motivi, il dispositivo e la data. Dev'essere per intero estesa in iscritto e firmata dai giudici o dal cancelliere. Se la controversia si ravvisi non bastantemente istruita, è facoltà del console o del tribunale ordinare la riapertura del contraddittorio (art. 91, 92, 93 legge citata). Le sentenze concernenti lettere di cambio, biglietti all'ordine, conti liquidati od altre obbligazioni risultanti da scritture autentiche o riconosciute, possono essere dichiarate provvisoriamente esecutive non ostante opposizione od appello (quando l'appello è concesso) e senza cauzione. Negli altri casi l'esecutorietà provvisoria può essere ordinata, ma col vincolo di cauzione (art. 107, 108 della legge). Le sentenze sono intestate nel nome del re; si pubblicano mediante lettura all'udienza ad opera del cancelliere. Se le parti o i loro mandatari sono presenti alla pubblicazione, questa tiene le veci di notificazione (art. 101 della legge, art. 240 del regol.). La conservazione degli originali ha luogo nello archivio del consolato per cura del cancelliere (art. 241 e seguenti del regolamento).

1029. Contro le sentenze contumaciali è ammessa la *opposizione*. Essa viene proposta mediante ricorso al console, nelle forme che accennaronsi per l'iniziamento del giudizio, e il contraddittorio si instaura nella identica guisa. Quando il contumace si trova nel luogo medesimo dove ha sede il consolato, il termine per presentare il ricorso di

opposizione è di tre giorni. Se si trova in altra località il termine è assegnato nella sentenza, tenuto conto delle circostanze (art. 103, 104 della legge).

Rispetto alle sentenze appellabili, la parte soccombente, in persona o per mezzo del suo mandatario, deve *dichiarare l'appello* nell'ufficio consolare, con elezione contemporanea di domicilio nella città dove risiede la corte competente (v. n. 1025). Il termine perentorio per la *dichiarazione* è di dieci giorni che si computano da quello della pubblicazione della sentenza seguìta in presenza delle parti o dei loro rappresentanti, ovvero da quello della sua notificazione. La dichiarazione è ricevuta dal console o da chi per esso e notificata per copia all'altra parte nel termine di otto giorni successivi alla sua data. Nel termine poi di quattro mesi (o di sei mesi pei paesi fuori d'Europa a ponente del Capo di Buona Speranza ed a levante del Capo Horn), l'appello deve essere *introdotto;* ossia devesi citare l'appellato a comparire all'udienza della corte d'appello per la discussione. Codesto termine è da computare a norma dei casi dalla prolazione o dalla notificazione della sentenza, non essendogli assegnata dalla legge una decorrenza diversa. La parte appellata ha diritto di *prevenire* l'appellante nella introduzione dell'appello, ossia di citarlo all'udienza della corte in qualunque tempo successivo alla notificazione della dichiarazione (art. 106 della legge). Devesi ritenere che il giudizio d'appello, salvo le disposizioni ora mentovate, procede secondo le regole comuni delle cause a rito sommario. E pertanto, in applicazione di tali regole dovremo ammettere che la inesecuzione di alcuna delle tre formalità indicate (dichiarazione d'appello, notificazione di questa, introduzione dell'appello) nei termini stabiliti sia causa di decadenza.

1030. In materia di giurisdizione volontaria la competenza dei consoli è parificata a quella dei pretori e la competenza dei tribunali consolari a quella dei tribunali territoriali dello stato, subordinatamente però ai trattati ed agli usi. Quindi ove le autorità dello stato estero provvedano esse medesime in virtù delle loro leggi e dei loro trattati agli atti conservatorii ed amministrativi che concernono l'interesse degli incapaci italiani, la giurisdizione

consolare non si esercita. È però ammesso che anche in questo caso essa possa agire, in prevenzione ai provvedimenti dell'autorità locale, per soddisfare al bisogno di casi urgenti. Nel concorso di provvedimenti dei consoli e delle autorità estere, si dà la preferenza ai primi per l'effetto che siano destinati a conseguire nello stato (art. 157, 158 legge citata). Le norme così stabilite costituiscono una perfetta applicazione delle dottrine del diritto internazionale; poichè, mentre rispettano la giurisdizione territoriale straniera, rivendicano uguale prevalenza nel nostro territorio a quella nazionale che colla straniera si trovi in concorso. E del resto riconoscono con criterio di larga equità, e quasi in via di reciprocanza al principio sanzionato nell'articolo 6 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*, che sugli incapaci nazionali residenti all'estero può esercitarsi l'azione protettrice delle leggi e dei magistrati stranieri con piena efficacia.

I provvedimenti relativi alle adozioni ed alle legittimazioni sono riserbati esclusivamente ai magistrati sedenti nello stato; e ciò sta in correlazione alla regola della competenza loro esclusiva per le questioni di stato, di cui si disse al n. 1025. Spettano similmente ai magistrati territoriali le omologazioni, approvazioni ed autorizzazioni di quegli atti o contratti che riguardano beni immobili esistenti nello stato o diritti garantiti su questi beni (art. 152). Però il tutore nominato e residente all'estero amministra anche i beni del pupillo che esistano in Italia. Viceversa, quando avvenga che il minore residente in paese straniero ritorni nello stato e venga sottoposto qui a nuova tutela, cessa completamente la gestione del tutore residente all'estero e l'amministrazione anco dei beni posti fuori dello stato appartiene al nuovo tutore (art. 160).

Pei giudizi d'interdizione o d'inabilitazione di persone residenti all'estero è competente il tribunale consolare; ed i provvedimenti relativi possono essere anche d'uffizio provocati dal console. Il rito da osservare è quello stabilito dal codice di procedura (art. 162). Se non vi sia nel luogo tribunale consolare, potrà l'interdizione o l'inabilitazione essere tuttavia provocata dal console davanti i tribunali

italiani, informando della necessità di essa l'uffizio del pubblico ministero del luogo di domicilio della persona di cui si tratta.

Per le vendite di beni d'incapaci nei paesi stranieri si adoperano i modi e le formalità possibili, essendo ammessa anche la dispensa degli incanti pubblici, secondo le circostanze (articolo 163).

Contro i provvedimenti dei consoli e dei tribunali consolari in materia di volontaria giurisdizione, quando sia ammesso reclamo a sensi del codice di procedura o del codice civile, si può ricorrere alle corti di Genova e di Ancona, giusta la distinzione indicata sopra nel num. 1025 (articolo 164).

In generale poi è stabilito (art. 166) che nell'esercizio delle giurisdizioni consolari debbano essere osservate le leggi dello stato, nei limiti della possibilità; e quindi allorquando occorra prescindere dalla loro osservanza deve negli atti farsi menzione dei motivi di codesta derogazione.

TITOLO IV.

GIUDIZI ARBITRALI

CAPO I.

Nozioni generali.

1031. Iniziammo i nostri studi enunciando e svolgendo il principio che l'amministrazione della giustizia è ufficio del potere sovrano (vol. I, n. 2). Dobbiamo chiuderli con l'esame di un istituto nel quale vedremo l'esercizio della giurisdizione affidato a persone designate dalla libera scelta dei contendenti e che dal semplice consenso di questi traggono autorità per surrogarsi ai magistrati istituiti nello stato. Forse che vi ha contraddizione fra il principio sovra accennato ed il riconoscere negli arbitramenti privati una valida forma di giudizio?

Il provvedere all'amministrazione della giustizia è necessariamente un attributo dello stato; l'esercizio effettivo della giurisdizione non è però altrettanto necessariamente una sua assoluta prerogativa. A questo esercizio lo stato deve assicurare l'opera di persone idonee dal duplice punto di vista della elevata intelligenza e della squisita moralità. Ma non si agisce contro tale intento, nè si impedisce di raggiungerlo, col sottoporre la materia ad una disciplina indiretta, col concedere cioè che i litiganti eleggano i propri giudici, sotto l'osservanza però di norme destinate a garantire la idoneità di questi al nobile uffizio. Si tratta di pronunziare sovra interessi privati ed esclusivamente con riguardo ai medesimi: onde non v'è una ragione imprescindibile per lo stato di avocare a sè in via esclusiva il diritto di conoscerne, pur riservandosi la prerogativa non trasmissibile della sovranità, cioè il potere di rendere esecutorie, anche

per mezzo della forza legale, le decisioni su di esse proferite. Dove cominci a venire in contesa un interesse che non sia strettamente quello dei litiganti, ma tocchi in modo generale alla società, ivi sorgono le barriere della giurisdizione arbitramentale. Lo stato può dispensarsi, sino ad un certo punto, dalla cura della maggiore o minore rettitudine dei criteri giuridici coi quali una controversia vien decisa, quando coloro cui essa riguarda hanno preferito di sottoporla a giudici elettivi. Ma alla disciplina dell'ordine pubblico appartiene essenzialmente il modo in cui sono eseguite le decisioni, essendo importantissimo di prevenire coercizioni irregolari, che porterebbero grave turbamento alla sicurezza generale ed alla pubblica quiete, e del pari indispensabile impedire la esecuzione di provvedimenti contrari alle leggi proibitive dello stato od ai buoni costumi. Del pari dev'essere sollecitudine e cura diretta dei poteri organizzati in uno stato civile prevenire la eventualità che, sotto le apparenze di controversia privata, si sottoponga ai magistrati elettivi una questione d'ordine pubblico, la quale ha bisogno, appunto perchè tale, della garanzia pure d'ordine pubblico, fornita dalla istituzione dei magistrati ordinari. Indi altrettante limitazioni alla sfera di competenza del giudizio per arbitri; fra breve ne daremo notizia specifica.

1032. La relazione Pisanelli accenna, come ad altro dei titoli che giustificano l'istituto dell'arbitramento, al diritto che ognuno ha di obbligarsi e di disporre delle cose proprie: « Se ognuno può rinunziare gratuitamente ad un diritto, tanto più può subordinare la conservazione, ove gli sia contestata, all'esame e al giudizio di privati cittadini meritevoli della sua fiducia ». Da un doppio punto di vista ci sembra che possa essere confutata questa considerazione la quale d'altronde non è necessaria, come si vide, a legittimare il giudizio privato. E se ci tratteniamo a discuterla è pel desiderio che le nozioni fondamentali, in un argomento di tanta importanza, siano ben chiare ed accertate, nè rimanga intorno ad esse l'ombra d'alcun equivoco.

Diciamo adunque che l'arbitramento va inteso come esercizio di vera e propria giurisdizione sebbene incompleta,

perchè s'integra con l'intervento di un atto emanato dagli organi giurisdizionali dello stato, cioè il decreto del pretore che conferisce esecutorietà alla pronunzia degli arbitri.

Altra cosa è rinunziare volontariamente ad un proprio diritto, altra lottare per la sua conservazione ed invocare a pro di esso la tutela del magistrato. Chi contende in giudizio non fa atto di rinunzia del proprio diritto condizionata al conforme parere del giudice; anzi agisce con intendimento e per effetto del tutto opposto. Nè si può fare differenza tra l'azione sostenuta al cospetto dei giudici ordinari e quella sottoposta a giudici elettivi. Altrimenti, di sottigliezza in sottigliezza, si sarebbe tratti a questa logica illazione: che il giudizio per arbitri non debba essere considerato un vero e proprio giudizio ma una forma speciale di *transazione*. Il che non è affatto, dal momento che gli arbitri devono proferir sentenze, le quali acquistano forza obbligatoria per le parti che le provocano, qualunque sia la soluzione che daranno al tema contenzioso loro proposto.

E poichè gli arbitri sono investiti di giurisdizione, ne segue che ad essi in sostanza la legge concede di poter compiere un atto di sovranità; e se questa non è concessa loro in tutta la pienezza, non per ciò muta natura. In altre parole, allorchè essi esaminano e decidono una lite l'opera loro si agguaglia in tutto e per tutto a quella dei magistrati ordinari. Il loro dovere è di pronunziare *secondo giustizia*, astraendo affatto nei criteri che prendono per guida da qualsivoglia contemplazione personale relativa alle parti litiganti. Ciò posto, non è elemento creativo della potestà loro la facoltà che i cittadini hanno di abbandonare i propri diritti; la giustizia è amministrata nella società per lo scopo preciso che ciascheduno sia in grado di *conservare* i diritti che gli appartengono, non già di *rinunziarli.*

1033. Si sogliono istituire comparazioni fra codesta libera forma di giustizia privata e la giustizia ufficiale. E non mancano autorevoli scrittori i quali amano vedere nello arbitramento una evoluzione progressiva degli istituti giudiziari; si è perfino affermato che la giustizia civile avrà raggiunto il suo ordinamento più perfetto quando, scomparsi i tribunali permanenti, i litiganti daranno alle proprie con-

troversie il giudice che gode la loro personale fiducia. Della esattezza di codeste massime è lecito dubitare. Per quanto gli uomini continueranno a vivere in consorzi organizzati politicamente, e non ostante qualunque progressiva limitazione che possano ricevere le attribuzioni dello stato e dei poteri dirigenti, non cesserà mai di essere uno degli obblighi maggiori della sovranità il garantire la regolare e sicura amministrazione della giustizia civile fra i cittadini. Non si può prevedere pertanto che venga meno per lo stato la necessità di mantenere tribunali aperti a tutti i cittadini con perfetta guarentigia di imparzialità. Dato il sistema politico da cui scaturiscono i moderni concetti dello stato e della sovranità (v. lib. I, tit. I, capo I), è difficile conciliare colla logica il pensiero che tra i futuri effetti del miglioramento degli ordini politici abbia da annoverarsi il crescere della diffidenza verso le autorità giudiziarie istituite nello interesse generale della società (1).

1034. Piuttosto parrebbe ragionevole di vedere nello arbitramento il frutto di una diffidenza consimile a buon diritto ispirata dagli ordinamenti giudiziari che ebbero emanazione dai governi dispotici. E da questo concetto si dovrebbe dedurre la presumibile destinazione di esso a perdere d'importanza col crescere dello incivilimento, col diffondersi del principio di uguaglianza giuridica degli uomini e col consolidarsi delle istituzioni che codesta uguaglianza mirano a tutelare. Basterebbe la prova fatta nei primi tempi della rivoluzione francese dai celebri ***tribunali di famiglia*** e dagli ***arbitramenti forzati***, per convalidare la verosimiglianza dell'esposto concetto.

Le indagini storiche agevolmente dimostrano che il giudizio per arbitri è di origine assai antica e che non solo manifestossi come una forma primitiva dell'amministrazione

(1) Per quanto le nostre parole pongano una nota discordante nel coro tradizionale delle lodi alla istituzione dell'arbitramento, sentiamo il dovere di serbare ossequio alla verità, ed affermiamo che le osservazioni fatte personalmente per un corso d'anni non breve, e l'autorità di conformi testimonianze di pratici espertissimi, dimostrano non averne la giustizia ottenuto nè molti nè buoni servigi; anzi, se talvolta l'istituto dà qualche buon risultato, questo è controbilanciato in modo purtroppo preponderante da quelli pessimi che produce in tanti altri casi.

della giustizia, quando e dove era impossibile l'esistenza di tribunali regolari, ma anche in seguito durò e visse a fianco delle istituzioni giudiziarie degli stati retti a dispotismo, dove più e dove meno favorito, talvolta semplicemente tollerato (1). È certo che dal diritto romano esso fu riconosciuto, come ne fanno fede il titolo VIII, libro IV del digesto ed il tit. LVI, lib. II del codice. Sarebbe inutile e non conforme al nostro programma seguire nelle varie legislazioni antiche e moderne la vicenda delle discipline che lo concernono, potendoci bastare la constatazione della sua universalità.

Abbiamo già indicate (vol. I, num. 11) le ragioni che ci persuasero di dover collocare la trattazione relativa ai giudizi arbitrali in questo quarto libro, quantunque il nostro legislatore abbia assegnato alle regole pei medesimi dettate un posto principalissimo nel titolo preliminare. Possiamo quindi senza altro intraprendere l'esame delle disposizioni della nostra legge.

CAPO II.

Compromesso.

1035. Le cose dette nel capo precedente impediscono di confondere in alcun modo il giudizio arbitrale colla *conciliazione*, colla *perizia*, o coll'opera dell'*arbitro conciliatore* ammessa nei giudizi commerciali (v. vol. I, n. 431). È detto tutto, per segnalare il suo carattere fondamentale e distintivo, quando si enuncia che in esso viene esplicata una vera e propria giurisdizione. I limiti della quale rileveremo più oltre.

Col nome di *compromesso* noi indichiamo soltanto l'*atto di costituzione del giudizio arbitrale*. Il linguaggio nostro (che è quello accolto nella scienza) diversifica pertanto da quello del legislatore che ha dato il nome di « *Compromesso* » a tutto il capo del codice in cui si contengono le regole del

---

(1) Indicazioni storiche, sufficienti per uno studio elementare, si trovano nel capo III del libro dell'AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 2ª edizione.

giudizio in discorso. Del resto basta leggere la prima delle disposizioni ivi contenute, per vedervi tradita la improprietà dell'uso di quel vocabolo: « Le controversie (dichiara il primo alinea dell'art. 8), si possono *compromettere* in uno o più arbitri in numero dispari. » La definizione del *compromesso* non è del resto variata dal tempo più antico insino a noi, nè potrebbe variare. Dicevano i giuristi romani: « Compromittere est *simul promittere* stare sententiae arbitri ». Ed il codice sardo del 1859 nell'art. 1103: « Il compromesso è quel contratto col quale due o più persone rimettono la decisione delle loro controversie a giudici da esse eletti, che chiamansi arbitri ».

1036. Il nostro legislatore, seguendo l'esempio del francese non ha definito il compromesso e non ve n'era infatti bisogno. Che esso sia un *contratto* non lo si può discutere; poichè senza la convenzione dei litiganti non può sorgere la podestà giurisdizionale degli arbitri. Che sia un contratto d'indole particolare è pure intuitivo. Non lo si può confondere colla *transazione*, poichè ciascuna delle parti lotta per la integrale salvezza delle sue ragioni e non tende a farne un sacrifizio parziale per assicurarsene la parziale pacifica ritenzione (1). Non può nemmeno essere confuso col *mandato*, perchè gli arbitri nell'atto di giudicare non rappresentano le parti, ma la sovranità, che amministra la giustizia guidata da criteri totalmente impersonali.

Il compromesso ha poi un duplice effetto. *Costituisce il giudizio arbitrale* ed insieme *inizia il procedimento*. Se, diffatti, nei giudizi ordinari fa mestieri di regola servirsi della *citazione* per obbligare giuridicamente il convenuto a comparire innanzi al giudice (v. vol. I, n. 202), qui il contratto medesimo intervenuto fra le parti suggella il loro accordo per *comparire volontariamente* innanzi al tribunale che si elessero e quindi vale come atto di comparizione.

La prima parte dell'art. 8 riferita nel numero precedente non richiede molte spiegazioni. La facoltà di compromettere

(1) E per eliminare ogni dubbiezza in proposito, si ricordi l'art. 1742 del codice civile: la facoltà data al mandatario di fare *transazioni* non comprende quella di fare *compromessi*.

è riconosciuta a tutti i cittadini e per tutte le controversie; questo in via di principio generale; verranno poi le limitazioni, ciascheduna delle quali ha motivi ben determinati. La composizione del giudizio arbitrale deve, in secondo luogo, seguire le norme di quelle delle magistrature pubbliche. Quindi gli arbitri devono essere in numero *dispari*, affinchè la deliberazione riesca formata dal voto della maggioranza. È tuttavia permesso di eleggere anche un solo arbitro perchè l'istituzione del giudice singolo non è punto repugnante ai principii del nostro ordinamento giudiziario (1).

1037. Affinchè sia possibile che sorga un compromesso occorre una *controversia*. Il testo precitato lo fa intendere abbastanza chiaramente. Qualunque incertezza o discussione sovra l'esistenza o la misura di un diritto, sulla sua liquidità od esigibilità, costituisce *controversia* nel senso più generico e può dare occasione ad un giudizio arbitrale.

Ma se la controversia volge sopra un oggetto che tocca all'ordine pubblico e pel quale è necessaria all'interesse generale della società una più sicura garanzia circa l'applicazione della legge, il diritto dei privati deve cedere, come già si accennò, a codesta esigenza; vale a dire, il litigio non può essere sottoposto a decisione di magistrati elettivi ma deve essere riserbato agli ordinari. Inoltre, siccome il compromesso è un contratto, così non possono formarne oggetto, neppure indirettamente, cose le quali non sono suscettive di contrattazione. È quindi pienamente ragionevole, per

---

(1) Il nostro codice ha seguito con savio consiglio il sistema di quello di Ginevra, colà mantenuto anche dalla legge del 1891. Nel codice francese è invece ammessa la parità di numero degli arbitri, concedendosi alle parti la facoltà di nominare un terzo arbitro pel caso in cui si verifichi divisione di voti fra i primi eletti. La nomina del terzo arbitro può essere deferita a quelli originariamente costituiti; esso è autorizzato a pronunziare anche *da solo*, conformandosi però all'opinione dell'uno o dell'altro dei due arbitri che già pronunziarono. Il codice germanico mantiene il sistema francese senza l'istituto del terzo arbitro. Il regolamento austriaco pure permette la nomina di due arbitri soli; permette altresì che le parti le quali vogliono costituire un collegio di tre arbitri deferiscano la scelta del terzo ai due primi nominati. Pel codice francese e per il regolamento austriaco quando non sia stata contemplata nel compromesso la nomina del terzo arbitro, e per quello germanico in ogni caso, la divisione dei voti fra gli arbitri fa cessare il compromesso.

entrambi gli indicati motivi, la disposizione del capoverso dell'art. 8 che sottrae alla giurisdizione arbitrale le questioni di stato e di separazione fra coniugi, e così le altre *che non possono essere transatte.* Il legislatore col richiamare la *transazione* non ha già voluto riconoscere una sostanziale affinità fra essa ed il compromesso, ma ha voluto dichiarare semplicemente in una forma efficace il divieto di compromettere controversie relative ad oggetti sui quali *non si può contrattare.* Invero, scorrendo le disposizioni del codice civile relative alla transazione non troviamo ivi espressa alcuna particolare designazione od esclusione di oggetti; quindi in massima non si può transigere su di ciò intorno a cui non si può convenire. Ma poichè la transazione è convenzione che ha per oggetto una controversia, così il pensiero del legislatore è corso quasi naturalmente a ricordare quella specie di contratto.

1038. Non dimentichiamo del resto che il giudizio per arbitri è una forma legale in cui si amministra la giustizia. Quindi le restrizioni non possono andare oltre i limiti segnati espressamente nel codice. Havvi chi opina che le controversie *sul diritto agli alimenti* non possano essere oggetto di compromesso; ed havvi chi adotta questo insegnamento soltanto rispetto agli alimenti dovuti *jure sanguinis.* Non troviamo ragionevole di accoglierlo in veruna parte. Dove esiste una controversia non v'è *certezza di diritto;* perciò chi sottopone agli arbitri la domanda relativa al diritto agli alimenti, non opera rispetto ad esso alcuna volontaria abdicazione. Nè, dopo le cose osservate innanzi, è possibile ammettere che il diritto difendasi meno validamente in sede arbitrale che in giudizio ordinario. Aggiungasi che niun divieto contiene il nostro codice civile, neppure in ordine alle transazioni sugli alimenti e sui diritti relativi, e che il vero carattere di codesta materia è quello d'interessare al diritto individuale esclusivamente. Dal punto di vista della ermeneutica, va osservato che i codici di procedura hanno talvolta divietato espressamente di compromettere le questioni relative agli alimenti; così fecero il francese, il ginevrino, l'olandese, per tacere di quelli che furono già in vigore in Italia. Altri ne tacquero, lasciando intendere

quindi di non trovare motivi per restringere in questa parte la piena libertà dei cittadini. A questo gruppo appartiene il codice italiano, col germanico e col regolamento austriaco. Ora sarebbe proprio strano che dovessimo supporre così poco avveduto il nostro legislatore da aver usato le forme e il linguaggio di uno fra i due sistemi, per far intendere che sceglieva l'altro.

1039. Col compromesso si stipula un contratto ed al tempo medesimo si promuove un giudizio. Indi la necessità, per doppio titolo, che le parti siano *capaci*, senza di che non può concepirsi un compromesso valido. Il codice francese, nell'articolo 1003, sanciva questa regola semplicemente col dichiarare che ciascheduno può compromettere sui diritti di cui ha la libera disposizione. L'articolo 9 del nostro codice con maggiore esattezza di linguaggio e di pensiero, così si esprime: « Il compromesso fatto da un amministratore, o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, *non ha effetto* se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione » (1). Quindi nell'interesse dei minori, il genitore che esercita la patria podestà dovrà essere autorizzato dal tribunale; il tutore dovrà esserlo dal consiglio di famiglia o di tutela, con deliberazione approvata dal tribunale, così per gli interdetti. Gli inabilitati possono compromettere coll'assistenza del curatore; gli emancipati, previa anche l'autorizzazione del consiglio di famiglia. La moglie ha bisogno di essere autorizzata dal marito od, all'occasione, dal tribunale. Le pubbliche amministrazioni e gli enti morali dovranno seguire le regole prescritte dalle leggi speciali che li riguardano e dai loro statuti, ecc.

1040. Ciò che importa principalmente di bene indagare è la conseguenza che deriva dalla stipulazione di un compromesso non autorizzato. L'articolo 9 la indica in termini significanti: « Il compromesso... *non ha effetto* ». Il che equivale a dire che *gli arbitri non acquistano giurisdizione*, poichè appunto l'effetto del compromesso è di investire gli arbitri

---

(1) La nuova legge di procedura ginevrina (art. 368), come già la precedente (art. 335), nega senz'altro la facoltà di compromettere a chi non ha « libero esercizio dei propri diritti ».

della giurisdizione necessaria a decidere la lite. È possibile però che, non ostante la mancanza di giurisdizione, il giudizio sia stato intrapreso e gli arbitri abbiano anche pronunziata la sentenza. Di questa e degli atti che l'hanno preceduta, non può essere posta in dubbio la sostanziale nullità. Il compromesso *non ha avuto effetto*, ossia negli arbitri non sorse per causa di esso la podestà di giudicare. Ora, un giudizio dato senza podestà giurisdizionale non può possedere alcuna validità. Alcuni scrittori, non distinguendo bene lo speciale significato del testo della legge, nè tenendo conto dell'oggetto proprio del contratto di compromesso, considerano gli effetti della incapacità di alcuno dei contraenti, alla stregua dei criteri del diritto comune. E parlano quindi di *nullità relativa* e non *assoluta*, cioè a dire di nullità opponibile soltanto dall'incapace o nel di lui interesse, non già da chi stipulò con l'incapace. Se si potesse restringere la disputa alla validità *del contratto di compromesso*, noi saremmo disposti a seguire simile insegnamento. E non esiteremmo a dire che la *obbligazione di compromettere* assunta dalla persona capace in confronto di una incapace non debitamente autorizzata, vincola la prima nel senso che la obbliga a sottomettere la disputa agli arbitri, qualora dopo il contratto la parte incapace ottenga le approvazioni necessarie a convalidarlo, ossia *a conferirgli effetto*. Ma se il giudizio ebbe luogo senza siffatte approvazioni, non è più lecito discutere di *una obbligazione* o della sua validità, ma si tratta di vedere *quali effetti* il compromesso ha potuto produrre. E codesta ricerca va fatta per necessità *obbiettivamente;* invero, dal momento che la legge dichiara *privo di effetti* il compromesso stipulato da un incapace non autorizzato, diventa assurdo il pensare che possa mancare di effetti solo nei riguardi dell'incapace medesimo. L'effetto del compromesso, ripetiamo ancora, è di investire gli arbitri di giurisdizione, non già di creare un'obbligazione puramente reciproca fra le parti. Se gli arbitri non hanno potuto ricevere l'investitura della giurisdizione, la loro sentenza non regge nè per la parte capace, nè per l'incapace. Si può capire che gli scrittori francesi commentando l'articolo 1003 del loro codice, del cui tenore abbiamo fatto cenno (n. 1039),

trovassero (a torto o a ragione) di ammettere il concetto della *nullità relativa;* non si giustifica la cieca accettazione della medesima dottrina di fronte alla espressiva e ben differente disposizione del nostro articolo 9.

1041. Dopo le regole relative all'oggetto del compromesso ed alla capacità delle parti compromettenti, vengono quelle che concernono le persone degli arbitri. E riguardano la loro capacità. Una volta che il codice civile ha riconosciuto agli stranieri l'esercizio dei medesimi diritti che competono ai cittadini, non v'era motivo per negar loro la capacità alle funzioni arbitrali. Vero è che uno straniero non potrebb'essere giudice nei tribunali dello stato; ma la ragione politica di questa interdizione, che si connette colla stabilità dell'ufficio, non è valutabile di fronte alla temporaneità dell'incarico in discorso. Aggiungasi, e non è di poca importanza, che la giurisdizione degli arbitri è così confinata quanto alle materie, da non potersi temere alcun inconveniente nell'esercizio datone a stranieri. È quindi plausibile la dichiarazione scritta nella prima parte dell'art. 10, che può essere nominato arbitro qualunque cittadino o straniero. Non troviamo invece ugualmente laudabile l'esclusione pronunziata nel capoverso del medesimo articolo rispetto alle donne. Trattandosi di riconoscere idoneo ad esercitare la giurisdizione arbitrale chi ne sarà investito dalla fiducia delle parti litiganti, non v'è motivo di interdire che essa si posi sopra donne, stando lo stesso fatto della scelta a prova di attitudine morale ed intellettuale.

Altre esclusioni, nel citato capoverso contenute, sono giustificatissime. L'uffizio di arbitro non poteva il legislatore permettere che venisse conferito a chi non presta sufficienti guarentigie d'intelligenza, di indipendenza di giudizio e di moralità. Onde i minori, gli interdetti e coloro che hanno subìte certe pene, non dovevano essere ritenuti capaci di assumere le funzioni di arbitro. Per l'incapacità derivante da condanne penali, il legislatore ne dichiara colpiti tutti quelli che per tali condanne furono esclusi dall'uffizio di giurato e non ottennero riabilitazione.

1042. Il compromesso è un contratto; tutte le legislazioni moderne prescrivono che esso sia redatto in iscritto.

Si comprende la ragione di questo precetto. Trattasi di stabilire la prova che le parti hanno rinunziato alla giurisdizione ordinaria, e di fornire insieme il titolo da cui i cittadini eletti arbitri trarranno i loro eccezionali poteri. Importa che un atto di tanta importanza sia dotato di piena certezza nella sua generalità e nei particolari; onde il bisogno dello scritto. Il quale è richiesto *ad solemnitatem* e non soltanto *ad probationem*, come vale a dimostrarlo la indicata ragione della legge. Per conseguenza, alla nullità derivante dal difetto di scrittura non supplirebbero nè l'assistenza delle parti senza proteste al giudizio arbitrale nè gli atti di adesione comunque da esse estrinsecati nel corso del medesimo (1). Basta però, a render valido il compromesso, qualunque forma di scrittura. Il codice (art. 11) si appaga ugualmente delle scritture pubbliche come delle private. E fra queste ultime sono da ritenere efficaci, sempre che non impugnate, anche le semplici corrispondenze, le convenzioni innanzi a conciliatore, od altrimenti fatte in giudizio.

1043. Non basta che la scrittura racchiuda l'obbligazione di compromettere; essa deve inoltre (cit. articolo 11) contenere i *nomi* delle parti, la *nomina* degli arbitri e *determinare le controversie;* altrimenti il compromesso è nullo. Anche il codice francese (articolo 1006) ha una disposizione analoga, ma è di qualche interesse notare che, nel precedente art. 1005, autorizza eziandio la stipulazione del compromesso mediante la erezione di un processo verbale innanzi gli arbitri scelti, il che in sostanza equivale a conferire un valore alla nomina degli arbitri, ancora prima della redazione del compromesso. Lo scopo della legge quello essendo che ogni particolarità relativa alla costituzione del giudizio arbitrale emerga da atto scritto, non si potrà dire menomato se l'obbligazione di compromettere, la determinazione delle controversie, l'indicazione dei nomi degli arbitri, siano contenute, invece che in unico documento, in più atti fra loro connessi e quindi formanti virtualmente un solo.

(1) Solo dopo resa irrevocabile la sentenza arbitrale, per decorso dei termini ad impugnarla, sia in appello od in cassazione, sia colla domanda di nullità, rimarrebbe sanato il vizio derivante dalla mancanza di compromesso.

Quanto alla *nomina degli arbitri,* il testo citato prescrive che la si faccia coll'indicazione dei loro *nomi e cognomi;* alcuno ritiene che sia sufficiente anche un'altra forma di designazione (per esempio quella fatta mediante la qualità o l'uffizio che rivestono) purchè rimanga escluso ogni dubbio intorno alla identità. Noi abbiamo scrupolo ad accettare questa interpretazione estensiva di un testo molto formale, che per di più commina la nullità quale effetto della sua inosservanza.

La *determinazione delle controversie* deve essere fatta nel compromesso, affinchè siano accertati l'oggetto ed i limiti della giurisdizione arbitrale, non meno che per rispondere all'altro scopo di codesto atto, cioè per istituire il procedimento con gli effetti della citazione. Non avendo però la legge imposta alcuna forma particolare, opinasi dalla generalità dei commentatori non essere indispensabile che il compromesso designi specificatamente tutti i singoli punti, e principali ed accessori, della controversia, ed esprima in tutti i rispettivi particolari le pretese delle parti intorno ad essa. Basta che ne apparisca designato e circoscritto l'oggetto della lite, per modo che più tardi, confrontando i termini del compromesso con quelli della sentenza arbitrale, si possa riconoscere se questa siasi mantenuta nei confini assegnati e se dentro i medesimi il giudizio sia completo. Lo sviluppo delle eccezioni e delle argomentazioni spetterà alla istruttoria del litigio e la proponibilità loro non potrà mai trovare ostacolo nel silenzio serbato a proposito di esse nell'atto di compromesso. Crediamo poi che se la determinazione delle controversie avesse luogo in più atti, anzichè in uno solo, tutti insieme diventerebbero parte integrante del compromesso, purchè redatti in iscritto a sensi di legge.

Della *data* del compromesso parliamo più oltre (n. 1056).

1044. L'*obbligazione di compromettere* deve riguardare *una determinata controversia.* Non poteva la legge permettere che fra due o più cittadini si stabilisse con valido effetto la *obbligazione generale di compromettere qualunque controversia che fra di loro possa sorgere in avvenire.* Con un simile patto, l'istituto dell'arbitramento si allargherebbe di troppo

fuori dai confini che la ragione politica gli assegna e sostituirebbesi in misura soverchiante alle funzioni normali della sovranità. Nè la stessa prudente tutela degli interessi dei cittadini consiglia di lasciar loro la facoltà di abdicare senza riserve, ed in modo generale alla garanzia che offrono le istituzioni giudiziarie dello stato, per affidarsi a quella di giudici privati. Altra cosa invero è preferire il giudizio degli arbitri in relazione ad una controversia determinata ed altra l'obbligarvisi per qualunque controversia. Nel primo caso i contendenti sono in grado di apprezzare maturatamente l'utilità del giudizio arbitrale, in comparazione con quella del giudizio ordinario; nel secondo procederebbero affatto alla cieca. Nessuna legislazione permette quindi codesta generale obbligazione di compromettere le liti future.

Ma quando fra due o più cittadini si è stabilito un vincolo giuridico contrattuale, per un qualunque negozio, esso può dare origine a più d'una controversia, sia nei riguardi della sua interpretazione che rispetto ai modi di sua esecuzione. Fino dall'epoca della formazione di tal vincolo riesce adunque prevedibile la *possibilità* di una serie di controversie non definibili *a priori* in un modo concreto, non affatto uguali fra loro, ma tutte raggruppantisi intorno ad un fondamento comune che è il contratto stipulato. Si presentava pertanto il quesito se debbasi ammettere la validità dell'obbligazione preventiva di compromettere in arbitri *le varie controversie che da un contratto potranno essere occasionate*. Alcuni legislatori, il francese, i sardi, il parmense, non si occuparono di questo argomento; il silenzio loro fu interpretato nel senso di esclusione della facoltà in discorso; e la giurisprudenza francese è costante ormai in tale decisione. Altri codici, il ginevrino, l'olandese, ammisero esplicitamente il diritto delle parti di obbligarsi a far giudicare dagli arbitri contestazioni future, dipendenti da un titolo determinato. Il loro esempio (che fondavasi sulla autorità del diritto romano) fu seguìto nella pratica processuale austriaca ed ebbe più recenti imitatori il codice italiano ed il germanico, e fu sanzionato pure nel nuovo regolamento di procedura austriaco. All'obbligazione accennata si dà il nome di *clausola compromissoria*. Secondo lo

art. 12 del nostro codice, essa può essere convenuta in un contratto od anche stipulata separatamente in relazione ad esso. È libero alle parti di stabilire la clausola compromissoria per alcune determinate controversie, fra quelle a cui può prevedersi che un contratto dia origine; ma la clausola compromissoria concepita in termini generali si riferisce a *tutte* le controversie che abbiano titolo nel contratto, salvo che per la loro natura vengano a trovarsi fra quelle rispetto alle quali il compromesso è vietato.

Riesce abbastanza evidente come la clausola compromissoria, nei limiti ora spiegati, non possa incontrare le obbiezioni esposte dianzi, nei riguardi della obbligazione generale di compromettere in arbitri le proprie controversie, poichè la deroga alla giurisdizione ordinaria mantiene la caratteristica di un atto eccezionale e consentito rispetto a controversie singole determinate nel *genere* se non nella *specie*.

1045. La clausola compromissoria può essere accompagnata già nella sua stipulazione della scelta degli arbitri. Può accadere invece che le parti si riservino di nominarli all'occasione in cui sorgerà una controversia specifica. Nella prima ipotesi la clausola compromissoria ha tutti gli estremi d'un compromesso perfetto; quindi non può essere dubitabile la necessità di sottoporla alla regola fondamentale stabilita per la validità di questo; in altri termini, farà mestieri certamente che per essere valida essa risulti da atto scritto. Si disputa invece fra i proceduristi se la clausola compromissoria non contenente nomina d'arbitri sia valida anco se convenuta *verbalmente*. L'articolo 12 precitato non fornisce direttamente lume in proposito, limitandosi ivi il legislatore ad esprimere l'ipotesi che « *in un contratto o dopo*, le parti *siansi obbligate* a compromettere le controversie che ne possono nascere ». Ed è questo silenzio che viene invocato come argomento decisivo dai sostenitori della opinione che la clausola compromissoria verbale sia valida tutte le volte che il contratto, al quale si riferisce, non richiegga la scrittura per condizione di sua validità (1).

---

(1) Mattirolo, i, 750; Amar, n. 99, ecc. — La giurisprudenza sta prevalentemente in favore dell'opinione nostra.

Ma la diffusione di questa dottrina e l'autorità dei suoi propugnatori non ci possono indurre ad aderirvi. Abbiamo detto poc'anzi (n. 1043), ed è questo insegnamento pacifico fra gli scrittori, che il compromesso si compone di tre parti: obbligazione di compromettere, determinazione delle controversie, nomina degli arbitri; ed abbiamo soggiunto che non nuoce alla sua validità la separazione di queste parti in altrettanti atti distinti, purchè in tutti adempiasi alla condizione stabilita nell'art. 11, di essere formati mediante scrittura. È a questo principio che deve risalire, a nostro avviso, la risoluzione della disputa ora menzionata, la quale dipende perciò dall'applicazione dell'art. 11. La clausola compromissoria contiene la prima parte del compromesso, ossia la *obbligazione del compromettere,* quand'anco non contenga alcuna delle altre due parti. Ma, sia pure in questi limiti, essa *è una parte integrante del compromesso.* E quando il codice, nell'art. 11, dispone che *il compromesso* deve farsi per atto scritto *a pena di nullità,* esso comprende siffatto precetto e colpisce della relativa sanzione *ciascuna parte del compromesso*, inclusa eziandio, ed in prima linea, l'*obbligazione di compromettere.* Non è adunque esatto il dire che la lettera della legge non risolve il dubbio; soltanto bisogna cercare la soluzione nell'art. 11, applicabile, come è così dimostrato, anche alla clausola compromissoria, non già nell'art. 12.

1046. È manifesto che la importanza pratica di una simile questione si verifica nella ipotesi in cui l'obbligazione di compromettere dia luogo a contestazioni fra le parti. Chè, se dopo stipulato verbalmente il patto compromissorio le parti addivengano concordi alla redazione dello scritto contenente la determinazione delle controversie insorte e la nomina degli arbitri, tale atto, ratificando la obbligazione di compromettere, possiede da sè gli estremi di un completo compromesso nei sensi dell'art. 11, rispetto alle controversie che vi sono indicate, cessando così la ragione di disputare sulla originaria validità della clausola verbale.

Scaturisce altresì dal premesso ragionamento il corollario logico che in ogni caso dopo la stipulazione di una clausola compromissoria sarà mestieri che si proceda con

atto scritto alla determinazione delle controversie specifiche insorte fra le parti ed alla nomina degli arbitri che non sia stata fatta in precedenza. In altri termini, la clausola compromissoria regolarmente stipulata conferisce il diritto a ciascuno dei contraenti di ottenere la perfezione del compromesso ogni volta che una controversia si verifichi ed occorra di provocare lo esercizio effettivo della giurisdizione arbitrale.

Ma se le parti non sono concordi nella volontaria esecuzione della clausola predetta, codesto diritto dà origine per necessità ad un'azione. Era quindi necessario che la legge se ne occupasse, in ispecie allo scopo di regolare il modo in cui si dovrà procedere alla nomina degli arbitri, se tutti i contraenti non concorrano alla medesima.

Al che si dà cura di provvedere il rammentato art. 12 con la seguente disposizione: « Se gli arbitri non siano stati nominati, oppure vengano a mancare per qualunque causa tutti od alcuni, la nomina dei mancanti è fatta *dall'autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere della controversia*, semprechè le parti non abbiano stabilito diversamente ».

Diremo quindi che se le parti hanno designato una terza persona od un magistrato (sia pure incompetente a conoscere della controversia) per la nomina degli arbitri in caso di loro discordia, dovrà a codesta persona od a codesto magistrato deferirsi la nomina; se non hanno pattuito nulla, si dovrà adire per tale scopo l'autorità giudiziaria che, secondo le regole ordinarie della competenza assoluta e relativa, dovrebbe conoscere della controversia.

Se ne può inferire ancora che nel patto compromissorio possono essere nominati alcuni degli arbitri, con riserva del completamento del collegio all'epoca in cui sorgerà la controversia. E per il completamento saranno pure da osservare le regole testè esposte.

La forma in cui devesi adire l'autorità giudiziaria per la nomina degli arbitri è quella contenziosa. Se però le parti, discordando nella scelta degli arbitri, convenissero nella deliberazione di rimettersi alla nomina fatta dal magistrato, la istanza relativa, con la partecipazione di tutti gli interessati, potrà farsi mediante semplice ricorso consensuale.

1046 *bis*. Può sorgere altresì controversia circa l'interpretazione della clausola compromissoria. Potendo questa essere più o meno ampia, in relazione al rapporto giuridico contrattuale cui si connette, non è imprevedibile che le parti vengano a contesa sul punto, se una data questione debba intendersi compresa o no fra quelle contemplate nella clausola compromissoria. Una simile disputa deve essere decisa preliminarmente dal magistrato ordinario; invano si direbbe, per sostenere la competenza degli arbitri a deciderla, che ogni giudice ha facoltà di pronunziare sulla propria competenza. Poichè lo argomento si ritorcerebbe facilmente, osservando che qui si tratta di decidere fino a qual punto la clausola compromissoria deroghi alla competenza ordinaria, e quanta parte di essa lasci in vigore; laonde anche il giudice ordinario può rivendicare il diritto di pronunziare sulla propria competenza. Ora, posta la questione in siffatti termini sembra evidente e ragionevole che al magistrato ordinario spetti il determinare i confini della competenza del magistrato speciale, non al secondo di determinare quelli della competenza del primo, quando la disputa in proposito nasca *prima dell'adizione* del magistrato speciale o elettivo.

1047. La clausola compromissoria riguarda il futuro. La sua esecuzione, come quella di ogni altro contratto, obbliga per regola le parti contraenti, i loro eredi ed aventi causa (art. 1127 codice civile). Quindi anche il cessionario di una delle ragioni dei compromittenti è tenuto ad eseguirla come se egli medesimo l'avesse stipulata. Nel caso di successione può accadere che gli eredi siano incapaci. Prevedendo questa eventualità, il capoverso dell'articolo 12 stabilisce che se ad alcuna delle parti che si obbligarono a compromettere siano succedute persone *sottoposte a tutela*, la facoltà di nominare gli arbitri è esercitata dal tutore con l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela. Non parlandosi nel testo delle persone soggette alla patria potestà, vuolsi arguirne che il genitore il quale la esercita può procedere alla nomina degli arbitri senza bisogno di autorizzazione od approvazione qualsiasi. La maggiore larghezza qui usata dalla legge, in confronto alle restrizioni

che riguardano i compromessi stipulati nell'interesse degli incapaci (v. n. 1039) riesce facilmente spiegabile. Data la esistenza di un valido patto compromissorio, l'obbligato, quand'anche incapace, non può dispensarsi dall'eseguirlo: ed una volta che la parte più importante del compromesso, quella cioè per cui si sottrae la controversia al foro ordinario, è irrevocabilmente stabilita, minore si presenta il bisogno di cautele. Il che, se bene si rifletta, torna indirettamente con molta efficacia a suffragio della nostra tesi circa la necessità dell'atto scritto per la esistenza di un patto compromissorio.

Aggiungiamo una importante avvertenza. Il capoverso dell'art. 12 riguarda esclusivamente *la nomina degli arbitri*. Pertanto la stipulazione di una clausola compromissoria nell'interesse di persone incapaci, qualunque esse siano, non è valida se non subordinatamente all'osservanza della regola stabilita nell'art. 9.

1048. È da dire ancora, rispetto alla validità del compromesso, essere condizione indeclinabile che la nomina degli arbitri non sia fatta da una delle parti esclusivamente. Ciò priverebbe l'arbitramento della principale guarentigia ad esso necessaria per sostituire degnamente il giudizio innanzi i tribunali dello stato, quella cioè della imparzialità e dell'indipendenza dei giudici privati. E poichè il compromesso è sovratutto un atto giudiziario, in quanto forma la base di un procedimento, così non si può a meno di ritenere che il divieto ora menzionato appartenga alla sua essenza, ed incontri sanzione di nullità nel disposto del primo capoverso dell'art. 56 (vol. I, nn. 65, 66).

Non è tolto del resto alle parti, come superiormente accennammo, di rimettere la scelta degli arbitri, o di alcuno di essi, a persone di loro comune fiducia, essendo codesto un modo indiretto d'esprimere la fiducia negli arbitri stessi. Del pari è ammissibile che nominando due arbitri si deleghi ad essi la scelta del terzo, purchè anche questo sia nominato fino dal principio; al contrario sarebbe nullo il patto che riserbasse la nomina del terzo al caso di discordia fra i due eletti dalle parti.

1049. L'effetto del compromesso e della clausola compromissoria è di stabilire sulle controversie in codesti atti

contemplate la speciale competenza dei giudici elettivi, che esclude quella dei magistrati ordinari. Laonde, se dopo il compromesso o la clausola compromissoria una delle parti recasse la lite innanzi a questi magistrati, l'altra avrebbe diritto di opporre l'eccezione di declinatoria del foro, ossia di incompetenza relativa. Diciamo di *incompetenza relativa*, poichè le parti compromittenti hanno sempre libertà di revocare il patto fra loro stabilito e quindi non si può ammettere che da esso derivi una vera e propria derogazione di giurisdizione. Consegue da questo principio che la ora detta eccezione per essere ammissibile si dovrà proporre prima di ogni altra istanza o difesa, giusta il capoverso dell'art. 187; e nel silenzio delle parti non sarà lecito al magistrato di pronunziarla d'uffizio (v. anche vol. I, n. 177). Coll'accettare di fatto il giudizio iniziato davanti il tribunale dello stato, il convenuto dà prova di consentire coll'attore nella rinunzia all'obbligazione di compromettere la lite in arbitri.

1050. L'intento dei cittadini che ricorrono al giudizio arbitrale, preferendolo a quello ordinario, è pur sempre, come fu detto altrove, quello di ottenere giustizia. Ora, la giustizia consistendo nella retta applicazione della legge, è logico stabilire come principio generale che gli arbitri devono giudicare secondo le regole di diritto, vale a dire uniformando la decisione a quanto riconoscono essere dalla legge dettato in relazione al punto di controversia loro sottoposto. Ma può verificarsi che la ragione intima per cui le parti vennero al compromesso sia stata il desiderio di sottrarre la lite all'imperio del *summum jus*, sia per facilitarne la risoluzione, sia per renderne meno gravi le conseguenze alla parte soccombente, applicando in luogo dei dettami rigorosi della legge quelli più miti della naturale equità. Il legislatore ha voluto favorire questa forma d'arbitramento, ritenendo che il più delle volte è il proposito di fare risolvere coi semplici criteri della equità una controversia, quello che sprona le parti a compromettere. Vorrebbero esse quasi transigerla, ma non riescono a fissare d'accordo i termini di una soddisfacente transazione; è allora che se ne rimettono ad un giudizio di equità, che non abbia

le durezze e non produce gli strascichi odiosi di una lite vera e propria. L'arbitro in queste ipotesi assume il nome di *amichevole compositore* e non è tenuto a seguire le norme di diritto (art. 20).

Il nostro legislatore ritenne però necessario e sancì nel testo che l'autorizzazione agli arbitri di pronunziare come amichevoli compositori debba essere data esplicitamente nel compromesso. Il legislatore ginevrino partì invece da un concetto diverso. Considerando che nel maggior numero dei casi le parti compromittenti mirano a conseguire un giudizio di equità, reputò logico di ripudiare la disposizione dell'articolo 1019 del codice francese, di cui il nostro articolo 20 è la testuale riproduzione, censurandola come distruttiva dell'essenza medesima dello istituto. Anche la legge austriaca considerò l'arbitramento come un semplice giudizio di equità. Il medesimo concetto risulta dalle disposizioni del codice germanico. Il codice olandese è in questa parte identico al francese ed allo italiano. In favore del sistema fra noi adottato, osserva giustamente il Pisanelli nella relazione, che non si può presumere nei cittadini la volontà di rinunziare all'applicazione della legge. Quando nulla in contrario essi abbiano dichiarato, il compromesso dimostra soltanto che hanno voluto surrogare i giudici elettivi a quelli dello stato, ma nulla di più. D'altronde essendo ammessa illimitatamente la facoltà di conferire agli arbitri l'uffizio di amichevoli compositori (purchè lo si faccia in forma esplicita), non può con fondamento essere accusata la legge di creare ostacoli a questa specie di giudizio.

Gli amichevoli compositori *non sono tenuti* a decidere secondo le regole del diritto, ma non sono però obbligati a decidere in modo difforme da codeste regole. Per cui quando la loro coscienza dettasse quella medesima soluzione della controversia che risulterebbe dalla applicazione delle regole del diritto, sarebbe assurdo pensare che dovessero ad ogni costo preferire una decisione diversa pur di scostarsi da quelle regole.

1051. A che sia compiuta la costituzione del giudizio arbitrale necessita, dopo il compromesso e la nomina degli

arbitri, la loro *accettazione*. Imperocchè l'uffizio di cui parliamo non è un *munus publicum* e può liberamente essere ricusato da chi viene eletto al medesimo (1). Importa adunque la accettazione degli arbitri, come atto complementare del compromesso, non potendo esservi giudizio dove manchino i giudici. La intima connessità che esiste fra il compromesso e l'accettazione della nomina da parte degli arbitri ha indotto il legislatore a riconoscere necessario che, al pari del compromesso e della nomina, anche l'accettazione degli arbitri risulti da atto scritto. Non esigesi però alcuna solennità speciale. È sufficiente che gli arbitri eletti appongano le loro sottoscrizioni all'atto di nomina perchè risulti dell'accettazione in modo adeguato (articolo 13). Notisi inoltre che qui la legge non dichiara alcuna comminatoria; onde dalla mancanza di accettazione scritta non si può desumere titolo di nullità del compromesso.

1052. L'arbitro che ha accettata la nomina ha assunta con ciò l'obbligazione di adempiere l'uffizio cui è stato chiamato. Vuole la legge ch'egli soggiaccia alle conseguenze di codesta obbligazione con tutto il rigore delle discipline stabilite per le materie contrattuali. E perciò, nel mentre impone che la pronuncia debba essere emanata dentro un termine fisso, stabilisce che gli arbitri, i quali, accettata la nomina e *senza giusto motivo*, desistano o non pronunzino nel termine stabilito, siano tenuti al risarcimento dei danni verso le parti (art. 34 ult. capoverso).

---

(1) Appunto perchè è libero rifiutarvisi, l'uffizio dell'arbitro deve essere esclusivamente *gratuito*, salvo il caso di esplicita pattuizione contraria. La legge, col suo silenzio a questo proposito, suffraga la tesi della gratuità, la quale è conforme alla regola dominante in tutte le altre parti del diritto giudiziario e fu espressamente stabilita nell'art. 2 della legge prussiana del 29 marzo 1879. E non pare degno di encomio che dagli interpreti e dalla pratica sia ammesso il diritto degli arbitri a lauti compensi, con argomenti tanto deboli quanto meno è nobile la tesi a cui servono, la quale offende la logica dei principii, non meno che la morale, non solo in teoria ma ancora più nella pratica quotidiana, in cui l'elevato ufficio di arbitro si perverte non di rado in una industria di pessimo genere; e gli ingenui che confidano di ottenere semplicità, economia, sollecitudine, mercè l'opera degli arbitri, si trovano vittime di amarissime delusioni.

Chi conoscerà della legittimità dei motivi per cui un arbitro dopo aver accettata la nomina intende desistere dall'uffizio, o non lo adempie? Evidentemente è questo un punto sovra il quale può sorgere una controversia fra l'arbitro e le parti. E per farla decidere si dovrà adire la autorità giudiziaria di cui la competenza verrà determinata in quanto al territorio dal domicilio o dalla residenza dell'arbitro, in quanto al valore dalla misura del preteso risarcimento di danni.

1053. Il compromesso può riguardare una lite che si trovi in primo od in secondo grado d'istanza. Vale a dire, può in esso pattuirsi che la giurisdizione arbitrale si eserciterà rispetto alla lite solo per il primo grado di giudizio, salvo di tornare per l'appello innanzi ai tribunali dello stato; può invece compromettersi il giudizio di una controversia già risoluta in prima istanza da questi tribunali, per farla decidere dagli arbitri in grado d'appello; può infine compromettersi una controversia per la sua decisione tanto in prima che in seconda istanza. Non può mai essere sostituita la competenza degli arbitri a quella della corte di cassazione, poichè all'intento di una simile istituzione giudiziaria ripugna insuperabilmente qualsivoglia usurpazione dei suoi attributi. Questo diciamo qui in via generale, riservandoci di esaminare nel capo seguente come e quando le sentenze degli arbitri possano essere impugnate.

1054. La legge indica tre casi distinti fra loro in cui cessa il compromesso. È indispensabile conoscerli per completare le nozioni che ora stiamo esponendo (v. art. 34).

Il primo caso di cessazione del compromesso è quello di volontaria rivocazione da parte dei contraenti della nomina degli arbitri. Intorno a questo non occorrono commenti. La volontà dei compromittenti è la causa creatrice del potere degli arbitri; è adunque legittimo che essa medesima possa farlo cessare. La accettazione della nomina, data dagli arbitri, induce in loro una *obbligazione* non già un *diritto*, poichè sarebbe assurdo che avessero diritto di imporre la propria decisione a chi rinunzia ad averla.

Il secondo caso comprende quelli di *morte*, di *ricusazione*, di *desistenza*, di *incapacità* di uno degli arbitri. Avvertasi

preliminarmente che niuno di questi eventi produce la cessazione della clausola compromissoria. Essa è stipulata pel futuro e per eventualità incerte. Onde è ragionevole presumere che se pure gli arbitri siano stati eletti nello stesso patto compromissorio, le parti abbiano avuta in considerazione l'accidentalità di non poter fare assegnamento sulle persone scelte; e già abbiamo veduto (n. 1046) come in simili emergenze si provveda. Per altro se una clausola compromissoria fosse vincolata alla condizione risolutiva, pel caso che alcuno degli arbitri eletti non potesse o non volesse all'occasione di una controversia prestare l'opera sua, dovrebbe simile condizione essere pienamente rispettata e non potrebbesi applicare la disposizione dell'articolo 12.

1055. Delle cause di cessazione del compromesso ultimamente accennate, quella che richiede un breve cenno esplicativo è la *ricusazione*. Fuori di questa menzione, quasi incidentale nel secondo comma dell'articolo 34, niun altro cenno intorno alla ricusazione degli arbitri troviamo nella nostra legge, mentre altri codici dichiarano formalmente che gli arbitri possono essere ricusati pei motivi medesimi per cui si può far luogo alla ricusazione dei giudici. Questa massima sembra abbastanza plausibile che si accolga anche fra noi, come opina la generalità degli scrittori. Rimane però ad investigarsi come e dinanzi a quale autorità si proponga la ricusazione. Ed è in questo proposito da ritenere che, a meno di un accordo delle parti per farne giudicare da apposito giudizio arbitrale, essa segua le norme della competenza ordinaria. Non si può ammettere invero che gli stessi arbitri pronunzino sulla ricusazione, poichè l'arbitro ricusato non ha ancora potere giurisdizionale; ed i suoi colleghi, se anco si ricusa uno solo dei membri del collegio arbitrale, non possono agire, per mancare, a causa della ricusazione, il numero dispari dei votanti. Pertanto, se la causa sarebbe stata di competenza del conciliatore o del pretore, pronunzierà sopra l'incidente il tribunale, però che in questa materia la legge (v. num. 877) escluda sempre la competenza dei giudici singoli. E la sentenza del tribunale sarà inappellabile (vedi n. 588). Se la con-

troversia su cui fecesi il compromesso apparteneva alla competenza del tribunale, questo sentenzierà sempre sulla ricusazione, anche nel caso che essa riguardi l'intero collegio arbitrale, non potendo qui ricevere applicazione il provvedimento speciale dato dall'art. 126 (v. cit. n. 877). Se, infine, la controversia fosse stata di competenza della corte d'appello, deciderà essa intorno alla ricusazione. La scelta del magistrato deve farsi in ogni caso secondo le regole della competenza territoriale stabilita rispetto alla causa principale.

1056. La terza specie dei motivi per cui cessa, a sensi dell'art. 34, il compromesso, è la *scadenza del termine* utile all'esercizio della giurisdizione arbitrale. Questo termine deve risultare dal compromesso ed è libero alle parti di fissarlo nella durata che loro piace. Ma se non è stato fissato, il termine è di giorni *novanta*. In ogni caso esso decorre *dalla data del compromesso*, o da quel diverso momento iniziale che nel compromesso fu stabilito. La data è dunque nell'atto di compromesso un elemento di grande importanza, pur tuttavia non comminando la legge nullità nel caso di omissione, potrà la sua indicazione essere supplita con qualsivoglia idoneo mezzo di prova. Non può sorgere del resto alcuna seria difficoltà pratica, dappoichè il compromesso per essere eseguibile deve venire munito della registrazione, la quale gli conferisce data certa.

Non sembri soverchio il rigore della legge a proposito del termine. Uno fra i principali scopi del giudizio arbitrale è quello di far conseguire ai cittadini il maggior risparmio possibile di tempo nella trattazione dei loro litigi. Conviene inoltre alla eccezionalità del potere conferito agli arbitri una severa limitazione della sua durata. Del resto non è infrequente che gli arbitri esigano la concessione di un termine assai più lungo, e anche domandino, con facili pretesti, proroghe sopra proroghe. Così che nulla è più comune che il vedere elusa questa savia disposizione della legge. Tengasi tuttavia presente che gli arbitri non hanno nessun potere per ordinare proroghe, contro la volontà delle parti o dispensandosi dal loro consenso.

Venne opportunamente considerato che una lite, anche davanti gli arbitri, può avere bisogno di essere istruita e quindi esigere per necessità un dispendio di tempo assai lungo. Onde fu stabilito (art. 34, capov. penultimo) che se nel termine sia stata pronunziata una sentenza *non definitiva*, decorre dalla data del decreto che la rese esecutiva un nuovo termine uguale a quello stabilito nel compromesso o dalla legge, per la ultimazione del giudizio, od almeno per la prolazione di altra sentenza *non definitiva* (1).

Quando sia stata stipulata clausola compromissoria, il termine per l'arbitramento potrà venire in essa prestabilito, indicandosi anche il modo di computarne la decorrenza. Se non sia stato stabilito, e non sia stabilito, poi nemmeno all'occasione in cui si fa l'atto di determinazione delle controversie e di nomina degli arbitri, sarà applicato il termine legale dei novanta giorni, decorribile dalla data di codesto atto. Se infine la nomina degli arbitri o di alcuno di essi sia devoluta all'autorità giudiziaria o ad un terzo, a sensi della previsione espressa nell'art. 12, il termine, convenzionale o legale, decorre dal giorno in cui sono nominati tutti gli arbitri (cit. art. 34).

Qualunque sia la causa della cessazione di un compromesso, essa non impedisce mai di rinnovarlo, se così piaccia alle parti.

1057. Si verificò più volte che provvedendosi con leggi particolari a regolare diritti o consuetudini di carattere locale, si trovasse conveniente di istituire magistrature speciali incaricate di decidere le controversie che per la esecuzione delle leggi medesime potevano nascere. Così

---

(1) Una importante avvertenza, a proposito di queste *sentenze non definitive*, è stata finora trascurata dai commentatori. Perchè una deliberazione degli arbitri sia una vera sentenza non definitiva e produca l'effetto della proroga del termine, conviene *che decida* qualche punto della controversia; sia che definisca in parte il merito, sia che ordini atti di istruzione, nell'interesse delle parti, risolvendo questioni controverse, o per lo meno controvertibili, fra di esse. A non ammettere questa logica restrizione, si finirebbe col dare agli arbitri la sfrenata podestà di prorogare d'ufficio il termine del giudizio, mediante simulacri di deliberazioni fregiati col nome di sentenze. Ciò pur troppo, in pratica, avviene qualche volta.

dalla legge sulla devoluzione delle terre costituenti la Sila in Calabria, da quelle di abolizione dei diritti di vagantivo, di erbatico, di legnatico e pascolo in alcune provincie, e da altre consimili, vennero per l'indicato effetto costituite certe commissioni giudiziarie composte di un magistrato, di un funzionario dell'amministrazione governativa e di uno delle amministrazioni elettive locali, investendole di giurisdizione speciale, con poteri determinati. Codeste magistrature d'occasione furono, nelle leggi a cui alludiamo, designate col nome di *Giunte d'arbitri*, il quale è forse spiegabile nel senso che si lasciò ad esse una certa latitudine di potere da usarsi discrezionalmente nell'applicazione della legge a cui il rispettivo mandato si riferisce. Ma un tal nome farebbe supporre a torto che la giurisdizione loro sia parificabile a quella degli arbitri eletti per compromesso. Infatti non si tratta ivi di cittadini chiamati dalla fiducia di altri cittadini a fungere da giudici, ma di funzionari pubblici investiti per legge dello stato di una giurisdizione speciale, da cui gli interessati non possono sottrarsi. Una conseguenza essenzialissima si deve trarre da questa diversità di natura delle due istituzioni: vogliamo dire che le decisioni delle predette *Giunte d'arbitri* sono esecutorie di diritto, senza bisogno d'ottenere l'esecutorietà per virtù di decreto di altri magistrati dello stato (vedi n. 702). Anch'esse invero sono *tribunali dello stato,* nella sfera di attribuzioni loro assegnata, non giudici privati scelti spontaneamente dai litiganti per sostituirli a quelli ordinari (vedi vol. I, n. 31).

CAPO III.

Procedimento.

1058. Abbiamo già detto (n. 1036) che il compromesso è l'atto che inizia il procedimento e tiene in tale forma di giudizio le veci della citazione. Qualora l'arbitramento sia stato pattuito mediante clausola compromissoria, abbiamo dimostrato (num. 1045) che questa rappresenta *una parte*

dell'atto di compromesso; e poichè l'effetto di iniziare il giudizio non può derivare che da un compromesso pieno e perfetto, così riesce facile comprendere che nei casi di patto compromissorio il giudizio reputasi iniziato dal giorno in cui si compirono tutti gli atti necessari alla perfezione del compromesso, mercè la determinazione delle controversie e la nomina degli arbitri.

Ma una volta iniziato il giudizio per tal guisa, esso dovrà pur svolgersi con *istruttoria* e *discussione* in forme adatte a fornire agli arbitri la piena conoscenza della materia sulla quale devono pronunziare. Qui si presentava pertanto un quesito capitale: le forme del procedimento dovranno nei giudizi arbitrali essere le medesime che nei giudizi ordinari?

Il codice francese, imitato da alcuni di quelli che già ebbero vigore in Italia, stabilì nell'art. 1009 che le parti e gli arbitri debbano seguire le forme ed i termini dei procedimenti davanti i tribunali, a meno che le parti abbiano diversamente convenuto.

Questa disposizione fu censurata dal Bellot, come ripugnante allo scopo dell'arbitramento, che è quello in generale di sostituire alle lunghe e dispendiose forme della procedura ordinaria metodi d'istruzione più semplici e brevi. Onde il codice di Ginevra (articolo 348, oggi 381) si tenne pago statuire che gli atti istruttorii dovranno farsi nelle forme e nei termini stabiliti nel compromesso, oppure, in mancanza di tale indicazione, fissati dagli arbitri stessi. Ugualmente dispongono il codice olandese (articolo 629) ed il germanico (§ 860).

Il regolamento austriaco si accostò a questo concetto dichiarando (§ 587) che l'arbitro deve seguire le norme di procedimento convenute fra le parti nel compromesso o in un atto posteriore; nel caso di loro silenzio affidò agli arbitri la determinazione delle forme del procedimento.

Il legislatore italiano, informando l'art. 17 al pensiero espresso dal Bellot, ha pure sancito in via di massima che gli arbitri *non sono tenuti* di osservare le forme ed i termini stabiliti per l'istruzione delle cause davanti l'autorità giudiziaria. Conferì alle parti il diritto di tracciare *specifi-*

catamente nel compromesso le particolari norme rituali a cui intendono sia sottoposto il giudizio, lasciando loro la facoltà di convenire anche la osservanza delle ordinarie regole di procedura purchè ne facciano *specifica designazione.* Infine, nel caso di silenzio delle parti, o di loro dichiarazione generica che intendono siano seguite le regole della procedura (senza specificarle), deferì agli arbitri il còmpito di stabilire i termini ed il metodo del procedimento.

Le riferite disposizioni sono comuni al caso in cui gli arbitri abbiano da giudicare secondo le regole del diritto, e a quello in cui siano stati autorizzati a pronunziare in qualità di amichevoli compositori.

1059. Non ostante la statuizione di queste regole che si devono riconoscere pienamente razionali, era indispensabile che alcune discipline fossero pur segnate nella legge, sia per garantire la realtà del contraddittorio e la libertà di difesa delle parti in uguale misura, sia per prevenire le incertezze che derivar potessero da evenienze particolari. Quindi è che in primo luogo troviamo nell'articolo 14 consacrata la facoltà nelle parti di trasmettere agli arbitri i loro documenti e le memorie defensionali rispettive. La trasmissione deve farsi *senza alcuna formalità giudiziale* e quindi per via di semplice *consegna,* che sarà accertata nel processo verbale (vedi num. seguente). In quanto alla comunicazione all'avversario delle memorie e dei documenti presentati da una delle parti, vi si provvederà secondo le norme rituali che per ciascun arbitramento siano state stabilite.

La presentazione di memorie e documenti è pertanto il modo ordinario mercè il quale ciascuna delle parti svolge la sua difesa innanzi agli arbitri. I quali, dovendo pronunziare sopra le risultanze del contraddittorio, sono tenuti ad attendere codeste presentazioni. Tuttavia, onde il mal talento o la negligenza di uno dei litiganti non produca lo infruttuoso decorrimento del termine convenzionale o legale per cui ha vigore il compromesso, fu riconosciuto conveniente che gli arbitri possano diffidare mediante intimazione giudiziale la parte che è in ritardo, affinchè provveda alla propria difesa nel termine di dieci giorni, od in

quello diverso dalla prudenza degli stessi arbitri assegnato. Concorrendo giusti motivi essi possono concedere eziandio ulteriori dilazioni dentro il termine legale del giudizio (art. cit., capov. primo).

1060. Gli arbitri devono tenere un processo verbale degli atti del procedimento. Ciò è fatto intendere dal tenore del secondo capoverso del citato articolo 14, nel quale è prescritto che delle trasmissioni di memorie e documenti, delle intimazioni effettuate, delle dilazioni consentite, si faccia menzione *nel processo verbale.* L'importanza di questo mezzo di controllo della regolarità del procedimento non è discutibile; sarebbe bene che fosse prescritto sotto pena di nullità.

Nè può essere negata agli arbitri la facoltà di eleggersi un segretario, con funzioni analoghe a quelle del cancelliere presso l'autorità giudiziaria. La nomina deve risultare dal processo verbale; e il compenso dovutogli fa parte delle spese del giudizio.

Se la parte negligente non ottempera nel termine assegnatole all'invito degli arbitri, non può esserne impedito l'effetto del compromesso. È quindi perfettamente plausibile la disposizione dell'art. 15, secondo la quale, scaduto il termine dell'intimazione o della proroga, gli arbitri sono autorizzati a giudicare sulle memorie e sui documenti che le parti diligenti hanno loro trasmesso.

Non è d'altronde esclusa la discussione orale; e nel processo verbale si dovrà prendere nota di quei nuovi elementi di controversia o di giudizio che da essa fossero per risultare.

1061. Ma la controversia può abbisognare di *istruzione.* Le parti sono certamente in diritto di proporre nelle loro memorie agli arbitri l'esperimento dei mezzi di prova che all'uopo stimano più acconci. Il codice non contiene alcuna restrizione in proposito, sebbene altre legislazioni reputassero opportuno introdurne; laonde è da ritenere che gli arbitri possano ordinare ed assumere interrogatorii, testimonianze, giuramenti, perizie, eseguire accessi sui luoghi a cui si riferisce la disputa; e che per preparare la decisione definitiva possa effettuarsi eziandio innanzi ad essi

la discussione di qualsivoglia incidente che richieda la sua soluzione mediante sentenza interlocutoria od altra specie di provvedimento. Qui però è necessario di rilevare una restrizione altrettanto importante quanto logica, che il testo dell'art. 19 appone allo sviluppo delle istruttorie innanzi gli arbitri. In esso è disposto che allorquando sorga nel corso del giudizio alcuna delle questioni sopra le quali è vietato di compromettere (v. n. 1037), o qualche altro incidente relativo ad un fatto *che possa dar luogo all'azione penale,* gli arbitri devono rimettere le parti *davanti alla autorità giudiziaria competente* e i termini per l'arbitramento sono sospesi fino al giorno in cui la sentenza pronunziata sovra l'incidente e passata in giudicato è notificata agli arbitri. La ragione di questo precetto è manifesta, e consiste nel prevalente bisogno di assicurare la tutela dell'interesse generale. Fra gli incidenti relativi a fatti che possono dar luogo alla azione penale, vi è senza dubbio quello di falso; e quindi non è dubitabile che rispetto a tale quistione devesi ritenere esclusa la competenza degli arbitri. Non si deve invece escluderla quanto all'incidente per verificazione di scritture, il quale non solleva alcuna indagine, neppure obbiettiva, nei riguardi della falsità e non può quindi dare occasione all'esercizio dell'azione penale.

1062. È in generale escluso dagli scrittori che si possa far luogo alla chiamata in garantìa nel giudizio arbitrale, perchè, si osserva, l'obbligo di sottostare ad esso dipende soltanto dalla accettazione del compromesso. Nondimeno potrà verificarsi il caso in cui sia legittima la chiamata in garantìa, quando, cioè, essa si proponga dal cessionario contro il proprio cedente, il quale avesse stipulato egli stesso la clausola compromissoria che dà origine al giudizio arbitrale. Può ancora avvenire che la parte contro cui s'intende far valere la istanza in garantìa accetti di sottostare al giudizio degli arbitri.

Per la ragione anzidetta non potrà essere proposto nel giudizio per arbitri l'intervento coatto di un terzo, nè lo si potrà ordinare d'uffizio. L'intervento volontario non incontra lo stesso ostacolo, ma se le parti litiganti non consentano ad ammetterlo, il terzo non avrà certo il diritto

di intervenire al giudizio, avvegnachè questo sia stato istituito solo per virtù di una legge contrattuale deliberata fra le dette parti e per loro esclusivamente produttiva di effetti.

Nel corso del giudizio arbitrale è permesso alle parti di aggiungere, di pieno accordo fra tutte, nuove questioni a quelle indicate nel compromesso. Ma non lo si può fare se tutte non vi consentano in modo espresso od almeno tacito. Questa regola è applicabile anche alle istanze riconvenzionali, salvo che siano già contemplate nel compromesso, o abbiano connessione con la principale a sensi dell'articolo 100, n. 3. Quanto alla compensazione, essa sarà sempre proponibile al pari di ogni altra specie di eccezione (semplice o riconvenzionale).

1063. Per eseguire prove ed altri atti d'istruzione in genere, non è necessario l'intervento di tutto intero il collegio arbitrale. Bensì è permessa la delegazione di uno degli arbitri colle funzioni di giudice delegato, salvo che lo divietino le espresse discipline processuali convenute nell'atto di compromesso (art. 18), intendendosi però che la delegazione abbia solamente scopo esecutivo, giacchè la deliberazione intorno ad ogni singolo atto di istruttoria spetta al collegio. Fu proposta la questione se possano gli arbitri delegare l'esaurimento di atti d'istruzione a giudici ordinari, quando a ciò consigli la comodità delle parti. A noi sembra che non siavi difficoltà, purchè la delegazione sia fatta mediante sentenza, resa esecutoria per decreto del pretore, a sensi dell'articolo 24 (v. n. 702). Di vero, codesta formalità è richiesta nel penultimo capoverso dell'art. 34 (v. n. 1056) anche per rendere eseguibili le sentenze interlocutorie; nè, mancando la medesima, un provvedimento arbitrale potrebbe essere esecutivo fuori della sfera d'azione personale degli arbitri medesimi.

1064. Qualora, durante la trattazione del giudizio, venga a morte una delle parti compromittenti, il termine per istruire e giudicare la lite riceve una proroga legale di giorni trenta (articolo 16). Questo provvedimento ha per iscopo di dar modo agli eredi di provvedere alla tutela dei proprii interessi, informandosi in prima con sufficiente agio, dello

oggetto e dello stato della causa. Per computare codesta dilazione la legge non somministra alcuna norma particolare. In conseguenza essa si misura con riguardo al giorno della morte, qualunque sia il luogo e la condizione in cui si trovano gli eredi. Ciò non è senza inconvenienti. Il codice francese, nell'articolo 1013, dispone con maggiore opportunità che la morte di uno dei compromittenti non risolve il compromesso quando tutti gli eredi sono maggiori di età, rimanendo però sospesi i termini dell'istruttoria e del giudizio durante il periodo utile per fare l'inventario e per deliberare.

CAPO IV.

Sentenza degli arbitri. — Mezzi per impugnarla.

1065. Le regole concernenti la formazione delle sentenze arbitrali sono abbastanza semplici, e ad illustrarle basteranno brevi cenni.

L'arbitramento sostituisce il giudizio ordinario; quindi, come è territoriale la giurisdizione dei magistrati dello stato, deve esserlo quella pure degli arbitri. Tale il motivo per cui l'articolo 22 dichiara che le sentenze degli arbitri devono essere pronunziate nel regno. Aggiungasi, per ulteriore ragione, che dovendo esse ricevere completamento mercè un atto di magistrato nazionale, ossia mediante il decreto di esecutorietà dato dal pretore del mandamento *in cui rispettivamente sono pronunziate* (v. num. 702), la osservanza di questo precetto riuscirebbe impossibile se non si osservasse quello dell'articolo citato. Le sentenze arbitrali proferite all'estero, per effetto di compromesso che stabiliva la loro pronunzia fuori dello stato, potrebbero divenire esecutorie in Italia, quando già lo siano secondo la legge del luogo dove vennero emanate, soltanto in seguito all'espletamento regolare di un giudizio di delibazione (v. n. 703).

1066. Prescritta la composizione del collegio arbitrale in numero dispari di giudici, ne conseguiva di dover statuire

che la deliberazione della sentenza abbia da farsi *a maggioranza di voti*, e ciò precisamente come per le decisioni dei magistrati ordinari (vol. I, num. 434 e segg.). Ma non bastava. Per assicurare che tutti gli arbitri abbiano potuto esaminare con la necessaria diligenza i singoli punti controversi e formare una propria matura convinzione intorno ad essi, era d'uopo trovare il modo di garantire che tra loro sia seguìta discussione. Imperocchè, se gli arbitri si limitassero a raccogliere i voti individuali per iscritto e farne lo spoglio, riuscirebbe impossibile trarne lo affidamento di un accurato studio da parte di ciascuno sulla controversia: di più la discussione può sempre giovare per gettare luce nel pensiero di chi vi prende parte, modificare le impressioni erronee o precipitate e via dicendo. Come pertanto è pei giudici prescritto che si raccolgano in camera di consiglio ed ivi discutano e votino, così per gli arbitri (art. 21) è richiesto, onde le deliberazioni siano valide, che vengano prese dopo *conferenza personale* fra loro.

La maggioranza dei voti, nel caso in cui si fossero formate nel collegio più di due opinioni, potrebbe stabilirsi per via di esclusione, col metodo prescritto dall'art. 359; è una necessità adottare questa soluzione nel silenzio della legge; dobbiamo però aggiungere che qualora non si potesse formare una maggioranza, e gli arbitri per tal motivo desistessero dall'ufficio, la desistenza sarebbe giustificata e non li esporrebbe alle conseguenze indicate nell'art. 34, ultimo capoverso (v. n. 1052).

Non occorre dire che queste regole riferisconsi all'ipotesi di giudizio collegiale.

1067. I requisiti della sentenza arbitrale, chiamata anche *lodo*, sono stabiliti nel citato art. 21. Essa deve contenere:

1° l'indicazione del nome e cognome, del domicilio e della residenza delle parti;

2° l'indicazione dell'atto di compromesso;

3° i motivi in fatto ed in diritto;

4° il dispositivo;

5° l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata;

6° la sottoscrizione di tutti gli arbitri.

In via generale è da osservare che altre indicazioni in aggiunta a quelle menzionate dalla legge, se potranno essere utili, non possono dirsi necessarie per la validità della sentenza arbitrale.

In quanto alla indicazione *del compromesso*, ossia della fonte dei poteri giurisdizionali degli arbitri, essa naturalmente è costituita dall'indicazione di tutti gli atti mediante i quali il compromesso, nella sua integrità, sia stato formato. Quindi, nel caso di clausola compromissoria, dovranno indicarsi il contratto o l'atto posteriore contenente la clausola, l'atto di nomina degli arbitri e quello o quelli con cui si procedette alla determinazione delle controversie, quando e come siano rispettivamente occorsi.

La *motivazione in fatto e in diritto* è richiesta per qualunque sorta di sentenza arbitrale. Anco se gli arbitri sono stati eletti amichevoli compositori devono dar ragione della loro pronunzia. In questa ipotesi però non si richiede una vera specificazione di motivi di *diritto*, ma una indicazione sufficiente dei motivi di *equità* (oltre i motivi di *fatto*) che determinarono la decisione.

La *sottoscrizione* di tutti gli arbitri non è un requisito indeclinabile della sentenza. Può accadere che uno degli arbitri abbia piena capacità tecnica per risolvere una determinata controversia e pure sia analfabeta. Ma più che questa considerazione, un'altra dovette arrestare il pensiero del legislatore. Manifestandosi dissenso nel giudizio, è possibile che la disputa si appassioni fra gli arbitri per modo che entrino in gioco l'amor proprio ed il puntiglio, sì che la minoranza dissenziente sia spinta a negare la sottoscrizione al voto della maggioranza, se non altro a titolo di manifestazione d'ostilità. Ai giudici ordinari, i quali sono posti in una situazione che li protegge da codesto pericolo, e per le garanzie che ne circondano la scelta e per l'abituabilità delle funzioni, poteva essere resa obbligatoria la sottoscrizione anche della minoranza dissenziente. Rispetto agli arbitri il legislatore ha invece ritenuto più opportuno prevenire la ipotesi del rifiuto di sottoscrivere da parte dei dissenzienti e stabilì che ricusando alcuno di essi di firmare la sentenza ne debba essere fatta menzione a cura

degli altri, rimanendo la deliberazione efficace purchè porti le firme della maggioranza. Anche qui, come nelle sentenze dei tribunali ordinari, è da ritenere vietato in ogni modo che sia fatto cenno dei dissensi e delle loro ragioni. Del rifiuto di un arbitro a sottoscrivere, si fa semplice enunciazione (articolo 21, ultimo capoverso).

Essendo richiesta però la sottoscrizione degli arbitri, od almeno della maggioranza, a pena di nullità, è chiaro che se la lite è sottoposta ad un solo arbitro, la di lui sottoscrizione occorre indeclinabilmente. Quindi un analfabeta non potrebbe funzionare da arbitro singolo.

1068. Stabilisce l'art. 23 che le regole sulla esecuzione provvisoria delle sentenze della autorità giudiziaria sono applicabili alle sentenze degli arbitri. Rimettendo per la notizia di tali regole a quanto fu già esposto (vol. I, n. 533 e seguenti) ed avvertendo che quando la sentenza sia appellabile potranno applicarsi anche ai giudizi d'arbitri le disposizioni degli articoli 483, 484 (vol. I, n. 541; *retro*, n. 593 e seguenti), dobbiamo aggiungere che le parti hanno però facoltà di prestabilire nel compromesso le norme che loro sembrino migliori intorno alla esecuzione provvisoria, come altra delle regole di procedura su cui sono libere di convenire.

1069. Delle disposizioni degli articoli 24 e 25 concernenti il modo in cui si rendono esecutorie le sentenze degli arbitri abbiamo trattato al n. 702 e non è d'uopo ripetere le cose ivi esposte. Avvertiamo di nuovo solamente questo, che anche le sentenze interlocutorie per essere eseguite devono venir depositate alla pretura e munite del decreto di *exequatur*.

1070. L'articolo 26 detta una norma secondaria di cui la ragione è chiarissima; e cioè le istanze per il pagamento delle spese del deposito della sentenza arbitrale nella cancelleria della pretura, della tassa di registro ed altre simili alle sentenze medesime inerenti, possono essere dirette soltanto contro le parti. Vale a dire che gli arbitri non incontrano per questi titoli alcun debito personale, agendo essi nell'interesse delle parti compromittenti.

1070 *bis*. La disposizione dell'articolo 26 è abbastanza importante in un senso negativo, in quanto, cioè, è la sola

che parli di *spese* del giudizio arbitrale, senza far cenno di compensi da corrispondersi agli arbitri. Ciò conferma la nostra opinione circa la gratuità normale dell'uffizio. Nondimeno è una lacuna della legge non avere preveduto in nessun modo la ipotesi dei compensi. Sebbene sia frequente il caso che gli arbitri determinino essi stessi la somma del compenso mentre pronunziano la condanna nelle spese del giudizio a carico di questa o di quella parte, pare manifesto che la facoltà della liquidazione non spetti a loro in veruna ipotesi, a meno che vi siano stati dalle parti espressamente autorizzati. Ciò posto, il silenzio della legge circa la procedura di liquidazione fa intendere che gli arbitri debbano seguire all'uopo il procedimento ordinario; e la loro azione non può essere esercitata se non dal momento in cui la sentenza abbia acquistato forza esecutoria, vale a dire quando non siano proponibili contro la medesima mezzi di impugnazione ordinari. Malgrado tutto, la materia rimane sempre oscura e piena di difficoltà pratiche.

1071. La materia dei rimedi contro le sentenze arbitrali è di molta importanza anche per le discussioni sollevate fra gli interpreti da talune fra le disposizioni del codice. Cominciando dal punto più semplice e più chiaro, noteremo intanto che il rimedio dell'opposizione non poteva in verun caso essere conceduto, non essendo concepibile che si verifichi contumacia in questo giudizio, il quale si inizia mediante il compromesso che è atto consensuale di tutti i contendenti. Se una delle parti si astiene poi dal difendersi, ciò dipenderà soltanto da sua negligenza, non certo da ignoranza che possa allegare della pendenza del giudizio. La ragione dell'art. 27, che esclude l'opposizione per contumacia, non potrebbe essere più intuitiva.

1072. In quanto alla appellazione, fu argomento di diverse vedute da parte dei legislatori la disciplina di codesto rimedio rispetto alle sentenze arbitrali. Tutti sono concordi in un pensiero, però, ed è questo: che le parti compromittenti possono avere intenzione, allorchè surrogano il giudizio arbitrale a quello ordinario, di derogare dalla guarentigia *dei gradi* per cui si svolge il secondo. La scelta di un giudice di *particolare fiducia* delle parti

litiganti è tale fatto che sembra rendere quasi inconcepibile il malcontento intorno alla di lui pronunzia e quindi la causa impellente al reclamo in appello: pare invero che la fiducia attestatagli colla nomina implichi quasi una preventiva acquiescenza a quanto egli sarà per decidere. Di più, lo scopo del compromesso essendo in generale quello di abbreviare e semplificare il giudizio, armonizza meglio con esso l'intendimento di far percorrere alla lite un solo grado di giurisdizione invece di due.

Codesto intendimento di costituire l'arbitro in giudice unico della controversia, tutti i legislatori trovano di doverlo presupporre; però che l'intima ragione per cui si concedono i rimedi giudiziari contro le sentenze non è la *presunzione di loro ingiustizia*, ma l'appagamento che si vuol dare all'opinione od alla passione di chi nel litigio ebbe la peggio; opinione e passione, delle quali, davanti al fatto dell'acquiescenza, non vi è più motivo di preoccuparsi.

1073. Se non che, l'*appagamento preventivo* dei compromittenti intorno la sentenza arbitrale dovrà presumersi stabilito e provato dal fatto medesimo della stipulazione del compromesso? Ovvero richiederassi che sia espresso nel contratto con clausole formali, atte a testimoniare non solo la fiducia delle parti nell'arbitro, ma benanco il loro chiaro proposito di accettare la di lui sentenza, qualunque sia per essere?

Dal rispondere nell'un senso o nell'altro dipendeva lo stabilire nella legge come principio *la appellabilità salvo patto contrario* della sentenza arbitrale, oppure la *non appellabilità salvo patto contrario*. Diciamo sempre, *salvo patto contrario*, poichè la stessa presunzione di acquiescenza anticipata, di cui si parlava dianzi, non può considerarsi ad ogni modo come invincibile, nè si può ritenere che sia repugnante in via assoluta al concetto del giudizio per arbitri la sottoposizione della controversia a doppio esame.

Al principio della *non appellabilità salvo patto contrario*, troviamo favorevoli i codici ginevrino ed olandese, a quello della *appellabilità salvo patto contrario* il francese e l'italiano. Il codice germanico si spinge ad un estremo che è condannato dalle riflessioni esposte qui in precedenza, avvegnachè

esso non ammette mai l'appello contro una sentenza arbitrale. Il regolamento austriaco concede alle parti la facoltà di riservarsi contrattualmente un secondo grado di giudizio arbitrale. Se così non sia convenuto, la sentenza degli arbitri ha fra i litiganti l'effetto di una sentenza giudiziale passata in giudicato (§ 594).

Fra i diversi sistemi non esitiamo a preferire il nostro. Col permettere alle parti di circoscrivere il giudizio ad un grado solo di cognizione, rendesi omaggio alla natura dell'arbitramento: col richiedere che l'intendimento di effettuare siffatta limitazione venga nel compromesso dichiarato esplicitamente, si pone in pratica una cautela la quale è sempre opportuna. Le abdicazioni a diritti od a guarentigie giudiziarie è meglio in ogni caso leggerle espresse nei contratti, anzichè presumerle implicite nella volontà dei contraenti.

1074. In quale maniera si dovrà esprimere la rinunzia all'appello?

Due sono le forme ammesse dalla nostra legge (art. 28). E precisamente, in primo luogo il patto di rinunzia all'appello, contenuto nel compromesso, od in uno qualunque degli atti costituenti nel loro insieme il compromesso, od anche in un atto posteriore. In secondo luogo, l'autorizzazione data agli arbitri di pronunziare come amichevoli compositori. Ritiensi che il potere conferito a questo modo agli arbitri rappresenti una manifestazione di fiducia particolarissima, alla quale vada compagna necessariamente la preventiva accettazione della loro sentenza. Ma poichè questa è soltanto una interpretazione data dalla legge al pensiero dei litiganti, così non si vuole escludere che nell'atto di nomina degli arbitri ad amichevoli compositori possa essere *riservata la facoltà di appellare contro la loro sentenza*. La *possibilità* di appellare anche da una sentenza di amichevoli compositori non è contestabile; si tratta sempre di un giudizio che verte sul *fatto* e sulle *ragioni di diritto;* queste ultime si apprezzano bensì alla stregua della equità, ma ciò non significa che sia impedita ogni critica e revisione degli errori in cui il giudicante fosse per avventura caduto. Per altra parte i codici che sanzionano

la *non appellabilità delle sentenze salvo patto contrario*, ammettono che il patto di appellabilità possa stipularsi per qualunque sorta di sentenze arbitrali.

A proposito del patto esplicito di rinunzia all'appellazione conviene aggiungere che i suoi effetti sono estesi, oltre che alla sentenza definitiva, anche a tutte le decisioni interlocutorie che occorressero nel corso della lite, in conformità allo scopo medesimo della stipulazione ed al movente che determinò le parti ad accettarla.

1075. Davanti a quale giudice si porta l'appello da una sentenza arbitrale?

È da distinguere: se i compromittenti pattuirono di sottoporre anche l'appello a giudizio d'arbitri, deve essere osservata tale convenzione; e per i termini e modi d'introdurre l'appellazione si dovrà stare alle regole stipulate. Se nulla fu stabilito in proposito, l'appello si introduce innanzi la autorità giudiziaria che per *materia e valore* avrebbe avuta competenza in secondo grado sulla lite qualora fosse stata trattata in primo grado davanti il magistrato ordinario per essa competente. Ed il termine per l'appellazione è lo stesso, in tale ipotesi, di quello stabilito per le sentenze dell'autorità giudiziaria e decorre dal giorno della notificazione della sentenza munita del decreto di esecutorietà (art. 29). La competenza per *territorio* spetta a quel giudice d'appello di cui la giurisdizione si estende al luogo nel quale fu pronunziata e depositata la sentenza arbitrale.

1076. Ma vi sono altri due casi di *inappellabilità* delle sentenze degli arbitri, contemplati ai nn. 2 e 4 dell'art. 28, dei quali non abbiamo peranco fatta menzione.

Sono inappellabili tali sentenze quando siano *proferite in grado d'appello*. E ciò è naturalissimo. Come il giudice privato sostituisce quello dello stato in prima istanza, così, quando n'è il caso, lo sostituisce anche in appello, ossia si surroga nella di lui giurisdizione e la esercita. Una volta esaurita, questa non può rivivere.

È poi indifferente che la sentenza arbitrale sia stata proferita in grado d'appello da una sentenza di giudice ordinario o da altra emessa pure da arbitri.

Inoltre sono inappellabili le sentenze proferite *in primo grado* dagli arbitri quando il valore della causa non sia superiore a cinquanta lire, o gli arbitri sostituiscano il giudizio dei probiviri, in luogo dove è istituita questa magistratura; perchè se le parti avessero adìto il giudice ordinario non avrebbero potuto appellare. Crediamo che alla inappellabilità possa essere in questi casi derogato da una espressa pattuizione in contrario, la quale però dovrebbe contenere anche l'obbligo di deferire l'appello ad altri arbitri, non esistendo fra i magistrati ordinari un giudice competente a conoscerne.

1077. In virtù degli stessi criteri che lo guidarono rispetto al giudizio di secondo grado, il legislatore ha trovato di ammettere in massima che si possa ricorrere per cassazione contro le sentenze degli arbitri *pronunziate in appello,* salvo che la volontà delle parti vi sia contraria (art. 31).

Ed anche qui la volontà contraria, ossia la rinunzia al ricorso per cassazione si dimostra in due modi: colla pattuizione formale di voler rinunziare a codesto rimedio, o colla autorizzazione impartita agli arbitri di pronunziare come amichevoli compositori. Riesce abbastanza agevole comprendere che il ricorso per cassazione contro una sentenza di amichevoli compositori non sarebbe mai proponibile per *violazione o falsa applicazione della legge,* una volta che l'uffizio di questi giudici implica la facoltà di scostarsi dai dettami rigorosi della legge. Ma non è fuori del possibile che sia suscettiva di ricorso per cassazione anche una sentenza di amichevoli compositori resa in grado d'appello, per alcun altro dei titoli indicati nell'articolo 517 (v. n. 625), salvo che si identifichi con questo o quello dei titoli pei quali è conceduta l'azione di nullità di cui parliamo al n. 1083. Onde diremo che contro le sentenze degli amichevoli compositori non si dà ricorso per cassazione, salvo che le parti abbiano stipulato di riserbarselo.

1078. Il citato art. 31 è molto esplicito nel dire che il ricorso per cassazione si ammette per massima soltanto contro le sentenze di arbitri proferite *in appello.* Questa espressione è perfettamente conforme a quella dell'art. 517 che concede il detto rimedio contro le sentenze proferite *in*

grado d'appello. Pare assurdo sostenere che le due frasi « *in appello* » ed « *in grado d'appello* », che leggonsi nei due testi citati, hanno diverso valore; eppure il tentativo di questa distinzione non è mancato. Ad ogni modo, ritenuta la identità loro, sta fermo il sistema d'interpretazione indicato nel num. 622. Una volta che la legge ammette la denunzia in cassazione soltanto delle sentenze proferite *in grado d'appello* (v. n. 623), non possiamo sottoscrivere all'opinione di quegli scrittori che vorrebbero concesso il ricorso anche contro le sentenze *inappellabili* e quindi insegnano che nei giudizi arbitrali, salvo il caso di rinunzia espressa *anche al ricorso per cassazione*, si può usare di questo contro le sentenze, nei riguardi delle quali si è rinunziato *all'appello*. Non vogliamo discutere le ragioni astratte con cui cercasi di giustificare l'equità di siffatta dottrina. Anche riconoscendole, non ci potrebbero far velo dinanzi agli occhi, sì che non ci riescisse di leggere chiaramente limitato nei testi l'uso del ricorso per cassazione a riparazione delle sole sentenze che furono proferite *nel giudizio di secondo grado*.

Venendo cassata una sentenza arbitrale innanzi a quale giudice si rinvierà la lite?

Se non v'è patto diverso fra le parti è chiaro che se ne farà rinvio ad un giudice di grado uguale a quello che avrebbe proferita la sentenza cassata se le parti avessero seguìta la giurisdizione ordinaria. È però lecito alle parti compromettere in nuovi arbitri la decisione della lite in sede di rinvio.

Ricordiamo, e ne dicemmo le ragioni poc'anzi (n. 1053), che la giurisdizione della corte di cassazione non può mai essere sostituita da quella di giudici elettivi.

1079. Il rimedio straordinario della *rivocazione* è ammesso anche contro le sentenze degli arbitri, per i titoli medesimi per cui lo si può sperimentare contro le sentenze dei tribunali ordinari (v. n. 651 e seguenti). Nè ha effetto qualsiasi preventiva rinunzia a siffatta garanzia giudiziaria. Osservò giustamente il Pisanelli nella relazione, che le eccezioni ammesse riguardo al diritto di appellare ed a quello di ricorrere per cassazione non potevano comunicarsi alla rivocazione, poichè, procedendo quest'ultimo rimedio da

motivi speciali, straordinari e quasi imprevedibili, le parti non sono in grado di apprezzarli *a priori* in modo conveniente. Non implica quindi rinunzia all'istanza per rivocazione la autorizzazione a pronunziare come amichevoli compositori data dagli arbitri (art. 30).

Richiamando le regole che ci sono già note in materia di rivocazione, e applicando le disposizioni degli art. 494 e 495 alla presente materia, possiamo ritenere: 1° che la rivocazione non può sperimentarsi quando è possibile l'appello della sentenza arbitrale; 2° che la sentenza è stata proferita in grado di appello, può chiedersene la rivocazione per qualunque dei cinque motivi indicati nell'art. 494; 3° che se era appellabile, ma passò in giudicato, la rivocazione si può domandare solo pei motivi designati nei nn. 1, 2, 3 del citato articolo; 4° che se era inappellabile per patto, la domanda di rivocazione subisce gli stessi limiti; che se la inappellabilità derivò dal valore (competenza di conciliatore), il detto reclamo straordinario si può proporre nei casi contemplati nei numeri 1, 2, 3, 5 del citato articolo 494.

1080. Quale è l'autorità competente a conoscere della istanza per rivocazione? In termini categorici l'articolo 30 designa l'autorità *giudiziaria* che sarebbe stata competente a conoscere della causa. Quindi il giudice ordinario competente a conoscere *in primo grado*, se si ricorre contro sentenza di prima istanza od inappellabile; il giudice ordinario competente a conoscerne in appello, se la sentenza che s'impugna fu dagli arbitri proferita in appello.

È però da ritenere che le parti siano libere di compromettere, negli stessi od in altri arbitri, anche la decisione sulla domanda di rivocazione. Non vi osta alcuna ragione di ordine pubblico; e se l'articolo 30 precitato limitasi a designare l'autorità *giudiziaria* competente, non bisogna dimenticare che anche l'articolo 29 nei riguardi dell'appello si limita a siffatta indicazione. Nè il legislatore poteva ritenere necessarie spiegazioni maggiori, una volta che nello articolo 8 ha dichiarato, senza distinguere grado o stato di lite, che si possono compromettere *tutte le competenze* sulle quali è permesso di transigere.

I termini e le forme per proporre la domanda di revocazione contro una sentenza d'arbitri sono quelli medesimi stabiliti per le sentenze delle autorità giudiziarie (art. 30).

1081. Il legislatore non fa parola del rimedio della *opposizione del terzo.*

Il suo silenzio si deve interpretare nel senso di non ammissione di codesta specie di reclamo. Se ne può trovare ragione nella impossibilità di assoggettare il terzo, che non è vincolato dal compromesso, alla giurisdizione degli arbitri e nella concorrente inopportunità di far giudicare sulla opposizione di terzo da un magistrato diverso da quello che proferì la sentenza impugnata, mentre poi il terzo conserva intatte le azioni ordinarie per la difesa dei propri diritti. Avvertasi nondimeno, che qualora per effetto di appello un giudizio passi dalla sede arbitrale a quella ordinaria, potrà essere mossa opposizione di terzo contro la sentenza d'appello. Anzi nello stesso giudizio d'appello il terzo che ha qualità per opporsi alla sentenza, è pure autorizzato ad intervenire, a senso dell'art. 491 (v. n. 598).

1082. Del *reclamo* permesso dall'articolo 25 contro il decreto del pretore che rende esecutivo il lodo, o che gli rifiuta l'esecutorietà, già abbiamo parlato nel n. 702. Emerge dalle nozioni ivi esposte che la controversia in questo caso si restringe tutta alla esecutorietà, nè tocca il merito della decisione proferita dagli arbitri. Il pretore per pronunziare il suo decreto deve senza dubbio istituire un esame; tanto vero, che la legge contempla l'ipotesi che si abbia motivo a reclamarne e fa intendere quindi che non si tratta di compiere una nuda formalità materiale. Alcuni scrittori, specialmente tra i francesi, qualificano codeste indagini come una specie di giudizio di delibazione; ma tale concetto è erroneo in se stesso e tanto più inammissibile fra noi, avendo il nostro codice affidato l'uffizio di cui si parla al pretore, magistrato di giurisdizione limitata. Quantunque anche in Francia l'emanazione del decreto d'esecutorietà appartenga a magistrato (il presidente del tribunale) che manca affatto di podestà giurisdizionale per un giudizio di delibazione. La più corretta dottrina, secondo il parere dei migliori nostri scrittori, è questa: che il pretore innanzi di emanare

il decreto deve esaminare se le condizioni prescritte dallo articolo 24 siano state regolarmente adempiute (v. cit. n. 702), e cioè:

a) se la sentenza arbitrale fu proferita nel territorio del suo mandamento, essendo questo un estremo indispensabile a che egli abbia potere d'emanare il decreto;

b) se di essa fu eseguito il deposito in originale nella cancelleria della pretura;

c) se questa formalità fu adempiuta nel termine di giorni cinque dalla pronunzia della sentenza;

d) se l'atto di compromesso fu depositato insieme con la sentenza; dovendosi tenere presente che, nel caso di clausola compromissoria generale, oltre il deposito dell'atto che la contiene è indispensabile aggiungervi quegli altri atti che, a seconda dei casi, furono redatti per la determinazione delle controversie, o possono fornire sicura prova di tale determinazione; appunto perchè lo scopo del deposito è quello di creare il mezzo di controllo legale nella indagine sullo adempimento esatto dell'ufficio dell'arbitro, dandosi l'azione di nullità (v. nn. 1084, 1085) tanto se la sentenza pronunzia fuori dei limiti del compromesso, come se non abbia pronunziato sopra tutti gli oggetti del compromesso medesimo;

e) se il deposito fu eseguito da uno degli arbitri, o personalmente, o per mezzo di mandatario speciale; ed in quest'ultimo caso se la procura è regolare;

f) se infine fu redatto processo verbale del deposito, colla sottoscrizione di chi lo eseguì e coll'annessione della procura speciale ove sia occorsa.

In mancanza di taluna delle condizioni indicate, il decreto di esecutorietà potrà essere ricusato. Onde le controversie in sede di reclamo sul decreto che concesse o negò l'esecutorietà, potranno soltanto aggirarsi sulla erroneità degli apprezzamenti fatti dal pretore circa il regolare od irregolare adempimento delle condizioni medesime.

Codesto reclamo è pertanto un mezzo *indiretto* per invalidare il lodo; dappoichè, se riesca dimostrato che non furono osservate le forme stabilite dall'art. 24 ne deriva, per espressa dichiarazione di questo testo, la *nullità* della sentenza.

1083. Dobbiamo ora occuparci di un altro mezzo diretto d'impugnazione delle sentenze arbitrali, ad esse tutt'affatto particolare.

Si è veduto che vi hanno casi nei quali le sentenze in discorso sono sottratte ai comuni rimedi per semplice atto di volontà delle parti. In tali casi la sentenza arbitrale acquista adunque l'autorità di cosa giudicata (salvo solo il rimedio eccezionalissimo della rivocazione) sin dal momento della sua pronunzia, o, se vuolsi, da quello in cui ottiene esecutorietà dal pretore competente. Se non che, mentre tanto rispetto la legge ha creduto opportuno di professare alle libere determinazioni delle parti, doveva tuttavia por mente che la giurisdizione arbitrale si presenta, per se medesima, meno garantita di quella dei tribunali ordinari; che sostituendosi la prima giurisdizione alla seconda, importa alla tutela dell'ordine pubblico che essa non degeneri in arbitrio; che assicurati della intangibilità della loro decisione ed irresponsabili di essa, gli arbitri potrebbero essere tentati di abusare del potere nelle loro mani depositato; che pertanto necessita sia in ogni caso aperta la via a controllare l'esercizio che ne hanno fatto, od in altri termini, a verificare se le disposizioni che la legge ha dettate per disciplinare e circoscrivere la giurisdizione loro sono state osservate. Sta bene che la sentenza sia intangibile perchè le parti rinunziarono ad impugnarla; ma ove essa *non sia una sentenza nel senso legale*, perchè manchino le *condizioni essenziali* alla costituzione di questo carattere, non può essere più il caso di serbarne inviolata l'autorità. Le rinunzie delle parti non possono aver avuto efficacia, neppure se espresse in termini formali, per legittimare ciò che il codice considera illecito e per ragione d'ordine pubblico proibisce.

Indi la istituzione dell'*azione di nullità* contro le sentenze degli arbitri pei casi *tassativamente* indicati dalla legge, ed applicabile contro qualunque sorta di sentenze (anche di amichevoli compositori); alla quale azione *le parti non possono mai preventivamente rinunziare* (art. 32).

1084. Diciamo che i casi in cui si può sperimentare la detta azione sono quelli *tassativamente* designati nella

legge, e precisamente nel citato articolo 32. Si comprende di leggieri che trattandosi di nullità non può ammettersi interpretazione estensiva dei testi.

In primo luogo è data l'azione di nullità quando la sentenza sia stata pronunziata *sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori dei limiti del compromesso* (art. cit., n. 1). La *nullità* o la *scadenza* del compromesso fanno venir meno la giurisdizione degli arbitri e perciò *non v'è sentenza.* Anche la pronunzia data *fuori dei limiti del compromesso* manca del carattere di sentenza; poichè la determinazione delle controversie è elemento essenziale del compromesso, in quanto ne deriva la misura del potere degli arbitri; per codesta parte adunque essi avendo pronunziato senza che vi fosse compromesso non ebbero giurisdizione.

1085. Il secondo dei titoli di nullità è espresso nei seguenti termini: « se la sentenza non abbia pronunziato *sopra tutti gli oggetti del compromesso* o *contenga disposizioni contraddittorie* » (art. cit., n. 2). *Disposizioni contraddittorie* sono quelle che per la incompatibilità loro rendono impossibile l'esecuzione della sentenza e le tolgono di rappresentare un atto di giustizia, come altrove fu detto (v. n. 625, lett. *f*). Quanto al vizio di *omessa pronunzia* sopra alcuno degli oggetti del compromesso, esso si può verificare in due modi: o pel silenzio assoluto degli arbitri, o per la loro dichiarazione *di incompetenza* sopra taluna delle domande delle parti. Imperocchè la competenza degli arbitri altro non è che il potere loro conferito con l'atto di compromesso; e quando si dichiarano *incompetenti* su di una questione, ciò equivale ad affermare che *non è compresa nel compromesso* (o nella clausola compromissoria). Ora è evidente che l'arbitro il quale con ingiusta o illegittima dichiarazione di incompetenza non esaurisce il compromesso viola i suoi doveri quanto l'altro che per negligenza trascura l'esame di una o più questioni. A proposito poi dell'azione di nullità ammessa per questo capo, potrebbe sembrare troppo grave la comminatoria di annullamento estesa *a tutta la sentenza.* Non parrebbe contrario all'equità il concetto che, per le controversie decise, la sentenza avesse da ritenersi efficace. Ma la severità della legge bene si giustifica col riflettere che

il compromesso è in sè uno ed indivisibile: le parti vollero che *tutte insieme* le controversie nel medesimo determinate fossero decise dagli arbitri; e qualora sovra talune avesse a tenersi ferma la decisione arbitrale e sovra le altre avesse a pronunziare (come or diremo) il magistrato ordinario, non solo sarebbe abortito il compromesso, ma forse le parti ne soffrirebbero danno per la probabile diversità dei criteri, dei metodi di istruttoria, ecc. Dicasi lo stesso rispetto ad ogni altro caso in cui le ragioni di nullità colpirebbero parzialmente la sentenza arbitrale. Gli scrittori e la giurisprudenza, nell'accogliere queste idee, avvertono però che nel caso di pronunzia *ultra petita,* di cui parlammo nel numero precedente, la nullità colpisce solo la parte della decisione resa fuori dei limiti del compromesso; avvegnachè eliminata tal parte, rimane la sentenza così come i compromettenti la vollero, nè vi ha motivo per annullarla.

1086. In terzo luogo si dà azione per nullità se la sentenza fu pronunziata *da chi non poteva essere arbitro*, o da arbitri *non autorizzati a pronunziare in assenza degli altri* (art. cit., n. 3). Le cause d'incapacità all'uffizio di arbitro sono dettate da considerazione di ordine pubblico. Dove non vi fu *giudice* non potè formarsi una *sentenza.* Quanto alla seconda delle ipotesi suenunciate, essa si riferisce alla eventualità di una speciale pattuizione del compromesso. Suppongasi che, eletti *cinque arbitri*, fosse stato convenuto tra i compromettenti che anche tre soltanto di loro potranno decidere la lite, nel caso che per qualsivoglia causa manchi il concorso degli altri due. Allora certamente la sentenza dei tre sarà valida. Ma in difetto di un simile patto, la sentenza dovendo essere preceduta da conferenza personale fra tutti gli arbitri, i tre non potrebbero, col pretesto di costituire maggioranza, decidere senza l'intervento degli altri due. È poi evidente che in ogni caso si avrebbe nullità per questo titolo, se il collegio degli arbitri si fosse ridotto a *numero pari;* poichè non ostante l'*autorizzazione* che avessero data *le parti* a pronunziare, non vi sarebbe l'*autorizzazione della legge*, la quale esige indeclinabilmente il numero dispari.

1087. Costituisce titolo ancora alla detta azione, il non essere state osservate nella sentenza arbitrale le dispo-

sizioni degli articoli 21 e 22 (art. cit., n. 4). Tali disposizioni furono distesamente esaminate ai numeri 1065, 1066 e 1067. È interessante qui di rilevare ancora una volta come la legge punto non distingua fra le sentenze degli arbitri comuni e quelle degli *amichevoli compositori,* rispetto alla necessità di adempiere le prescrizioni analizzate nel citato n. 1067, ond'è indeclinabile che anche le seconde contengano la *motivazione* ed il *dispositivo.* Nè varrebbe a preservarle dalla nullità la *dispensa* che le parti avessero data agli amichevoli compositori dallo ottemperare a siffatte disposizioni, le quali, ancora una volta lo ripetiamo, attengonsi all'ordine pubblico, nè da rinunzie d'alcuna specie possono essere derogate.

1088. Infine si impugna a buon diritto per nullità la sentenza, *se nel procedimento non siano state osservate le forme richieste nei giudizi sotto pena di nullità, quando queste forme siano state indicate specificatamente nel compromesso* (art. cit., n. 5). La ragione di questa parte del testo è semplicissima. La misura dei poteri degli arbitri, anche rispetto alla procedura, è determinata dal compromesso. Il violare questa legge fondamentale della loro giurisdizione toglie necessariamente autorità alla sentenza.

1089. La domanda per nullità si propone all'autorità giudiziaria, che sarebbe stata competente a decidere la controversia *nel grado in cui fu pronunziata la sentenza che si impugna.* E se l'azione viene riconosciuta fondata, la stessa autorità *pronunzia anche sul merito della controversia* (art. 33). La regola di competenza così stabilita non può essere derogata; infatti il legislatore ha voluto che il controllo, istituito mercè l'azione di nullità, sull'esercizio della giurisdizione arbitrale, sia fatto da giudici ordinari, per circondarlo *a priori* di sicure guarentigie; e surrogò senz'altro questi giudici nei poteri male usati dagli arbitri, per impedire che il compromesso diventi esiziale agli interessi di coloro che lo stipularono, perpetuando le loro controversie invece di accelerarne la definizione.

Il termine per introdurre l'azione è uguale, in relazione ai singoli casi, a quello stabilito per appellare (v. n. 1075); e decorre dal giorno della notificazione della sentenza munita

del decreto di esecutorietà (art. 33). Se gli arbitri pronunziarono nella competenza di una corte d'appello, il termine per l'azione di nullità deve ritenersi di giorni *sessanta;* se nella competenza di un conciliatore, lo si riterrà di giorni *dieci*, non essendo possibile altra interpretazione della legge.

Si disputa se la domanda per nullità sospenda l'esecuzione della sentenza impugnata; o a dir meglio, se, durante il termine per impugnarla e durante il giudizio di nullità, l'esecuzione rimanga sospesa. Per quanto sia grave la lacuna del codice, che tace completamente in proposito, e per quanto a noi sembri doveroso di riconoscere che gravi ragioni suggerirebbero di risolvere la questione in senso favorevole all'effetto sospensivo *con apposito testo di legge*, nell'attuale stato di cose siamo costretti ad accettare la opinione contraria alla sospensione. Solo quando la sentenza sia *appellabile*, la sua esecuzione rimane sospesa durante il termine per impugnarla e durante il giudizio d'appello, salvo che sia stata dichiarata provvisoriamente esecutiva. Questa regola dell'articolo 482 (v. n. 592), richiamata dall'articolo 24 (v. n. 1068), porterà alla conseguenza che, se una sentenza suscettiva di appello s'impugna coll'azione di nullità, dovrà verificarsi l'effetto sospensivo, derivante dalla sua indole di sentenza appellabile. Ma quando si tratti di sentenza inappellabile o proferita dagli arbitri in grado d'appello, non sappiamo vedere come si possa sostenere, nel silenzio della legge, che l'esecuzione debba rimanere sospesa. Aggiungasi che realmente il carattere del rimedio in esame è quello di un reclamo *straordinario*, onde il sistema generale del nostro codice porta a ritenere la soluzione indicata siccome conforme alla volontà del legislatore.

L'autorità giudiziaria che annulla la sentenza arbitrale pronunzia sul merito. Ciò non significa che debba pronunziare sulla nullità e sul merito con una sola sentenza. Se la causa è matura a decisione ciò potrà verificarsi. Ma se gli arbitri non si sono occupati di un qualche capo della controversia, o se, per altro motivo qualsisia, rendesi necessaria una particolare nuova istruttoria, il giudizio sul merito dovrà susseguire alla dichiarazione di nullità e svolgersi nelle forme più adatte alle circostanze.

1090. Circa le relazioni che passano fra l'azione di nullità e gli altri mezzi per impugnare la sentenza arbitrale, sono necessarie alcune osservazioni.

Se si tratta di sentenza *appellabile,* è chiaro che il termine per appellare e quello per agire in nullità essendo uguali a mente dell'articolo 33 e procedendo insieme, la parte soccombente trovasi posta nella imprescindibile necessità di scegliere fra l'uno e l'altro mezzo. I motivi di *nullità* possono d'altronde servire come *titoli del gravame d'appello,* laonde scegliendo questa via si ha il doppio vantaggio di poter impugnare la sentenza per ragione di forma e per ragioni di merito. Ed il legislatore ha forse ritenuto che mai, nei casi di appellabilità, le parti esiteranno a preferire il rimedio ordinario, che assorbe anche quello straordinario.

Se la sentenza è inappellabile, perchè *proferita in grado d'appello,* essa può essere tuttavia impugnata col ricorso per cassazione. Però la legge dichiara nel capoverso ultimo dell'art. 31 che non si possono impugnare per cassazione le sentenze arbitrali in base ai motivi per cui è concessa l'azione di nullità. Bensì, essendo, in questo caso, il giudizio sull'azione medesima esso pure qualificato per il grado di appello, è permesso di ricorrere poi per cassazione contro la sentenza che accoglie o respinge l'istanza per nullità, non ostante la rinunzia che fosse stata fatta al ricorso per cassazione, contro la sentenza arbitrale (articolo e capoverso citati). Rimane così molto nitida la separazione fra i due mezzi di reclamo, l'esperimento dei quali è d'altronde vincolato a termini di differente durata.

Qualora trattisi di sentenza *inappellabile* proferita *in unico grado di istanza* da amichevoli compositori, o sopra un compromesso portante rinunzia all'appello, l'azione per nullità è il solo rimedio esperibile nel termine suindicato e perciò non possono presentarsi difficoltà.

In ogni ipotesi, se l'azione per nullità è respinta, non rimane impedito di proporre contro la sentenza arbitrale l'istanza per rivocazione, se e quando se ne verifichino gli estremi. Si tratta invero di un rimedio di tutt'altra natura e fondato sopra motivi ben distinti, il cui esercizio successivo

non è punto inconciliabile col risultato infruttuoso della mentovata azione.

Per ultimo è da tener presente che la sentenza proferita da un magistrato ordinario *di prima istanza* sull'azione per nullità (quando questa è di sua competenza) *è sempre appellabile*, a meno che, per disposizione di legge, fosse dichiarata inappellabile in ragione di valore o di materia, non ostante che le parti avessero rinunziato ad appellare contro la sentenza degli arbitri, o questi avessero deciso nella qualità di amichevoli compositori. Il giudizio per nullità non dipende dal compromesso, ma è esclusivamente regolato dalle leggi comuni di procedura; e perciò nel compromesso non può trovare limitazioni od ostacoli al suo normale svolgimento.

INDICE DEL VOLUME SECONDO

LIBRO SECONDO.

Procedimento di dichiarazione *(Continuazione).*

Titolo XI.

Titolo XII.

LIBRO TERZO.

Procedimenti esecutivi.

Titolo I.

TITOLO II.

TITOLO III.

TITOLO IV.

TITOLO V.

TITOLO VI.

TITOLO VII.

LIBRO QUARTO.

Procedimenti speciali.

TITOLO I.

TITOLO II.

TITOLO III.

TITOLO IV.